INFORME EN DERECHO
POR

DON DIEGO BENEGAS Y BARGAS, MARIDO, y conjunta perſona de Doña Vrſola de Velaſco Mendieta, por Don Luis, Don Juan, Doña Ana de Velaſco Mendieta, y por Tomás de Andrade defenſor de auſentes, y difuntos, por Don Miguel de Velaſco Mendieta, que lo eſtá en los Reynos de las Indias, herederos de el Beneficiado Don Diego de Velaſco Mendieta ſu Tio, y de Don Miguel Gomez de Velaſco Mendieta Veintiquatro que fue de eſta Ciudad ſu Padre:

EN EL PLEYTO

INTENTADO POR DON DIEGO DE VELASCO Mendieta Cavallero, ſu hermano mayor, pretendiendo tomar poſſeſſion de los bienes de el mayorazgo, que fundò Doña Vrſola Ramon de Salazar Abuela de los ſuſodichos, y agregacion que ſupone hizo al mayorazgo el dicho Beneficiado Don Diego de Velaſco de el remaniente de ſu caudal, que conſiſte en vna heredad de campo llamada Fuertes, y ſe compone de Olivares, Molinos, y Almacen, y de otra llamada el Palmar, de viñas, bodega, lagar, baſija, y eſtacada, ambas termino de la Villa de Alcalà de Guadaira:

EN EL ARTICVLO

INTENTADO POR LOS DICHOS DON DIEGO Benegas como tal marido de dicha Doña Vrſola, y demàs ſus hermanos ſobre que dichas heredades ſe declaren bienes libres, y partibles con ſus frutos, que han producido deſde la muerte de el dicho Veintiquatro D. Miguel Gomez de Velaſco Mendieta entre los ſuſodichos como herederos de ſu Tio, y Padre.

INFORME EN DERECHO
POR

DOMINGO [illegible] Y BARGAS, [illegible] y [illegible] vezino de [illegible] de la [illegible] por Don [illegible], Don Juan [illegible] y por [illegible] de [illegible] por Don Miguel de Velasco [illegible] de las Indias, [illegible] Diego de Velasco [illegible] Comendador de [illegible] de la Ciudad de [illegible]

EN EL PLEYTO

INTENTADO POR DON DIEGO DE VELASCO [illegible] Cavallero, su hermano mayor, [illegible] tomar possession de los bienes de el mayorazgo [illegible] Velasco de [illegible] y [illegible] Don Diego de Velasco [illegible] del, que tambien en vn [illegible] de campo [illegible], y de [illegible] de Olivares [illegible] el [illegible] y [illegible] de [illegible]

EN EL ARTICVLO

INTENTADO POR LOS DICHOS DE [illegible] [illegible] Don [illegible] los [illegible] que [illegible] y [illegible] con los [illegible], que [illegible] de la [illegible] de Don Diego de Velasco [illegible] Comendador de [illegible] Tierra y [illegible]

1. DOS DISPOSICIONES, Y CLAUſulas incompatibles, contrarias, y opueſtas, y que *per ſe* ambas no pueden ſubſiſtir, ni verificarſe; que contiene el poder para teſtar, que el dia 23. de Diciembre de el año de 681. otorgò el Beneficiado Don Diego de Velaſco Mendieta al Veintiquatro Don Miguel Gomez de Velaſco Mendieta ſu hermano, y con cuya diſpoſicion muriò, ha dado motivo à Don Miguel auſente en los Reynos de las Indias, D. Luis, D. Juan, Doña Vrſola, y en ſu nombre D. Diego Aguſtin Benegas, y Bargas ſu marido, y à Doña Ana de Velaſco Mendieta todos hijos de el dicho Veintiquatro Commiſſario, y herederos inſtuìdos juntamente con ſu Padre en vna de dichas diſpoſiciones, à vn pleyto baſtantemente grave, y de entidad, que ſe ha ſeguido, y oy ſe halla concluſo en ſegunda inſtancia, y para determinarſe en la Real Audiencia ſobre qual de las dos debe ſubſiſtir.

2. Pues de aver de ſer como quiere Don Diego de Velaſco Mendieta hijo tambien de el dicho Veintiquatro Don Miguel Gomez de Velaſco, la de vinculacion, y à que ſe inclinò el ſuſodicho como Commiſſario, y lo diſpuſo; viene à recaer en D. Diego Primogenito el mas de el caudal de Doña Vrſola Ramon de Salazar Abuela comun, el de el Beneficiado ſu Tio, y el de Don Miguel ſu Padre, que hizo, quanto de ſu parte eſtuvo por que todo fueſſe mayorazgo, indiviſible por ſu naturaleza; y como conſtarà en el diſcurſo de eſte informe; olvidandoſe de la autoridad de el *Philoſop. 7. ethicor. dicentis: quod filij ſunt æqualiter pars ſuorum parentum*: y de la conſequencia, que de aqui infiere *Ant. Gom. in leg. 29. Taur. num. 2. ergo iuræ naturæ debent eſſe æquales in ſucceſſione bonorum*; que ſe confirma con la diſpoſicion de la ley *inter liberos, Cod. famil. exciſc. leg. 1. Cod. vnde liberi cum alijs*, que juntò el ſeñor D. Juan de el Caſtillo *in lib. 5. controu. 2. part. cap. 148. num. 18.*

3. Para evitar los inconvenientes, que de lo contrario se siguen, y pondera *Ant. Gom. dict. leg. 29. Taur. num. 2.* y à la verdad son adaptables al caso presente; porque aunque no huviesse influido Don Miguel à su Madre Doña Vrsola à la vinculacion, consta de el pleyto, y de otro, que han pedido D. Miguel, D. Luis, y demàs sus hermanos se tenga presente à la vista; que es el de el cumplimiento de el testamento de el susodicho, y particion de sus bienes, que de su proprio caudal tratò de desposseerse para ampliar dicho mayorazgo. Y la que se quiere dezir vinculacion de el caudal de el Beneficiado D. Diego de Velasco, con evidencia se probarà fue hecho de el mismo Commissario: y no es mucho que à vista de esto procuren cinco hermanos vsar de su derecho para que con igualdad se parta el caudal; quedando D. Diego con el augmento de el mayorazgo de su Abuela, que es considerable; mediante que no se puede discurrir tendràn à bien vèr à su hermano lleno de hazienda, y mayorazgos, y los demàs siendo cinco, y entre ellos dos, que necessitan mas de los patrimonios, y legitimas por la impossibilidad de adquirirlo, pobres. Buen exemplo el de el *cap. 37. de el Genes.* pues porque los hijos de Jacob vieron inclinar la voluntad de su Padre mas à Joseph, que à los demàs, intentaron lo que dize el texto: *Quod videntes fratres eius à patre plus diligi: oderunt eum, & dixerunt: Venite occidamus eum, & mittamus in cisternam, & dicemus, quod fera pessima devoravit eum.* Pero siendo alli solo vn Ruben, que tratò de embarazar el disignio de sus hermanos; aqui lo son todos, que aman à Don Diego, y continùan su correspondencia, como si pleyto no huviera; y solo con los fundamentos, que les assisten procuran representar su justicia para conseguir su derecho.

4. Y supuesto, que como và dicho la incompatibilidad de dos disposiciones, es el principal motivo de el pleyto (aunque D. Diego de Velasco Mendieta no lo quiera confessar assi) de ellas mismas ha de resultar omitiendo lo prolongado del hecho para la relacion, y tomando dèl en este informe para no alargarlo demasiado

ſiado vnicamente lo que condugère para con mas claridad inducir las queſtiones de derecho. Como và dicho otorgò ſu poder para teſtar D. Diego de Velaſco Mendieta à ſu hermano diziendo tenerle comunicado las coſas de el deſcargo de ſu conciencia, y concediendole facultad, para que antes, ù deſpues de el termino de el derecho pudieſſe hazer la diſpoſicion; y contiene vna clauſula que es: *Y para que pueda hazer, y haga todas las declaraciones que convinieren, aſſi en mi favor como en el ſuyo, y de otras perſonas ſegun ſe lo he comunicado*: Y ſiguen las incompatibles ibi:

Clauſulas del poder para teſtar otorgado por el Beneficiado Don Diego de Velaſco Mendieta.

5. *Y para que pueda el dicho Veintiquatro Don Miguel Gomez de Velaſco Mendieta mi hermano nombrarſe, que yo deſde luego le nombro, y à ſus hijos mis ſobrinos juntamente con el ſuſodicho por mis vnicos, y vniverſales herederos, para que el dicho mi hermano, y dichos ſus hijos ayan, y lleven todo el remaniente de mis bienes, deudas, derechos, y acciones, y otras coſas que quedaren al tiempo de mi muerte deſpues de cumplido, y pagado el contenido de eſte poder para teſtar, y en el teſtamento, que en ſu virtud ſe hiziere, y otorgare; y dicha herencia la ha de aver mi hermano, y dichos ſus hijos en la forma, y ſegun ſe contiene, y declara en vna memoria, que ſe hallarà entre mis papeles firmada de mi nombre; y declaro no tengo herederos forçoſos.*

6. Y antes de paſſar à poner à la letra la otra clauſula, es preciſo advertir para tenerlo preſente en los diſcurſos, que ſe han de formar, que à continuacion de la de el numero antecedente de inſtitucion de herederos á hermano, y ſobrinos, proſigue el teſtador dando el poder para q̃ pueda revocar otras qualeſquier diſpoſiciones, que antes aya hecho; y ſe le pone la fecha de el dicho dia 23. de Diciembre de 681. y teſtigos diziendo el Eſcrivano, que dà fee de conocer al otorgante, y que lo firmô en el regiſtro, y proſigue. Ibi:

Otra clauſula de dicho poder en que ſe quiere fundar la vinculacion.

7. *Otro ſi el dicho otorgante dixo, que el dicho D. Miguel Gomez de Velaſco Mendieta, y dichos ſus hijos han de ſucceder en el remaniente de ſu herencia, y bienes por via de vinculo, y mayorazgo, agregandoſe todo lo que montare al vinculo, y mayorazgo, que fundò Doña Vrſola Ramon de*

 Sala-

Salazar ſu Madre, de que es poſſeedor actual el dicho Don Miguel Gomez de Velaſco Mendieta, para que ande dentro de ſus llamamientos, y clauſulas, y ſuccedan en ello todos los llamados al dicho vinculo, y mayorazgo en la miſma forma, y ſegun que en èl ſe expreſſa; y que en eſta forma lo dexaba diſpueſto, y ordenado en dicha memoria arriba citada, para que ella, y eſta ſe entienda ſer vna miſma diſpoſicion, y que para el empleo de lo que ſe huviere de comprar con dicho remaniente para fincas, que agregar à dicho vinculo le dà poder con general adminiſtracion al dicho ſu hermano fecho vt ſupra teſtigos los dichos.

8. Y à continuacion de eſta clauſula dize el Eſcrivano Publico ante quien ſe otorgò el poder, que dandole à firmar al otorgante, no pudo por la gravedad de ſu enfermedad, y que à ſu ruego lo firmò vno de los teſtigos en el regiſtro: el qual no contiene otra coſa eſpecial, ni en èl haze legados el teſtador, no otras expreſſiones de lo que dexaba comunicado à ſu Commiſſario; quien el dia 22. de Junio de el año de 682. puſo en execucion la diſpoſicion, y teſtamento, declarò la forma de entierro, numero de Miſſas, y de 2ꝟ093. peſos de à ocho reales de plata que declarò deber al teſtador Doña Vrſola Jacoba de Velaſco Mendieta ſu hermana Viuda de el Veintiquatro Don Alonſo Gaſpar Benegas le legò, remitiò, y perdonò 1ꝟ593. y por los 500. reſtantes le concediò termino de tres años para ſu paga, y que la avia de hazer à Doña Jacinta Gomez de Velaſco Mendieta tambien ſu hermana, à quien los legò, y mandò: tambien remitiò, perdonó, y legò 100. peſos à D. Diego de Mendoza Aragon y Guzman: 200. reales à D. Juan Antonio de el Alcazar: 500. á D. Pedro Baſquez: y diſpuſo ſe dieſſen 1ꝟ500. ducados de vellon de limoſna à la Madre Soror Iſabel de la Encarnacion Religioſa Novicia en el Convento de Nueſtra Señora de la Aſſumpcion para ayuda de ſu dote, y profeſſion; y en caſo de no ſer Religioſa ſirvieſſen para la agregacion de el vinculo; y legò à Don Luis de Quevedo vno de los teſtigos del poder, y quien lo firmò por el teſtador 200. peſos: y todo eſto dixo el Commiſſario que era voluntad de dicho

Teſtamento que en virtud del poder otorgò el Cōmiſſario.

dicho testador, y que assi se lo avia comunicado.

9. Y en otra clausula; que lo principal de la hazienda era la heredad, que llaman de Fuertes al sitio de los Bujadillos termino de Alcalà de Guadaira, que se compone de casa, Molino, Almacen de aceite, tierras, y olivares, y que fue su voluntad, que pudiendo cumplirse la disposicion con los demàs bienes, que dexaba, se conservasse la heredad con todo lo que le pertenece para la agregacion de el vinculo, y mayorazgo que fundò Doña Vrsola Ramon de Salazar su Madre; y que si de los demas bienes quedasse algun residuo se fabricasse otro Molino de moler aceituna con almacen, basija, viga, peltrechos, y lo demàs necessario por necessitarlo la heredad mediante los muchos olivares, que tiene, y no ser bastante vno para su beneficio; el qual el dicho Beneficiado Don Diego tenia determinado hazerlo.

10. Y en otra dixo averle comunicado su hermano, que la heredad de viñas, casa, bodega, lagar, y basija distinta de la antecedente, que tenia en dicho termino, y se llamaba, la de el Palmar al pago de el Romeral respecto de la poca duracion, y vtilidad de las viñas se vendiesse, y su procedido sirviesse para la fabrica de el Molino, que se expressa en el numero antecedente, y que assi se avia de executar en conformidad de la voluntad de el testador: y que en caso que de el mas residuo de los bienes de el susodicho huviesse bastante para dicha fabrica sin embargo le quedaba facultad al Commissario para vender dicha heredad, y su procedido emplearlo en buenas fincas para la agregacion; y que la facultad de venderla solo era al susodicho sin que se estendiesse à los demàs posseedores porque en caso de no aver hecho la venta el dicho Commisario avia de quedar agregada al mayorazgo con los mismos gravamenes, y condiciones.

11. Y en la clausula de institucion de herencia dixo: avia sido voluntad de el testador, que cumplido el testamento, mandas, y legados en èl contenidos instituir como instituía por vnico, y vniversal heredero en todos los bienes, al mayorazgo, que fundò la dicha Doña

Vrsola

Vrsola Ramon de Salazar su Madre en el dicho Commissario, sus hijos, y descendientes por escriptura de 15. de Noviembre de el año de 1674. para que dicho residuo se juntasse, è incorporasse, como desde luego lo juntò, è incorporò en dicho mayorazgo, en que tambien succediessen sus posseedores en la misma forma, y con los mismos llamamientos, condiciones, y prohibicion de enagenacion, que dispuso la dicha Doña Vrsola; que fue voluntad de dicho su hermano, y que assi se lo comunicò; y que este testamento se juntasse con la fundacion de dicho mayorazgo.

12. Y en otra clausula declara, que de el mismo modo le comunicò, que lo que huviesse de vender, ò emplear para la agregacion corriesse por su disposicion, y mano, para que le diò poder con libre, y general administracion, y que se huviesse de estar á su simple relacion; y que aunque el dicho testador en el poder declarò, que la forma de su herencia constaba de vna memoria, que se hallaria entre sus papeles firmada de su nombre, despues en el otrosi declarò, que lo que dexaba dispuesto, y ordenado en ella era la institucion de herencia, y agregacion de el residuo al mayorazgo de su Madre, cuya memoria, è institucion se entendiesse ser vna misma cosa; y en conformidad de el dicho otrosi, y de la voluntad de el dicho su hermano, y lo que le avia comunicado, avia hecho la institucion de heredero en la forma que se contiene en el numero antecedente; y que aviendo buscado la memoria el Escrivano ante quien se otorgaron los dichos instrumentos con assistencia de dicho Commissario en la casa, y entre los papeles de el testador, como consta de las diligencias, que puso en los inventarios de los bienes, que por su fin, y muerte quedaron no la avia hallado, y que assi lo declaraba para que en todo tiempo constasse.

13. Esto en substancia es lo que contiene el testamento que otorgò el dicho Don Miguel Gomez de Velasco Mendieta como Cōmissario de el Beneficiado Don Diego su hermano, y se nombrò por vnico Albazea; y respecto de que para la vista, y determinacion

no

nò solo se ha de hazer relacion de este pleyto, sino tambien dèl de el cumplimiento de el Testamento de el dicho Don Diego de Velasco, y de el de la possession de los bienes de el mayorazgo de Doña Vrsola Ramon de Salazar, y de la particion de los bienes de el Capitan Don Diego de Velasco Padre de los dichos Don Miguel, y Don Diego, Abuelo de los litigantes; de todos los quales resultan circunstancias muy conducentes para los puntos, que se litigan; como tambien dèl de el inventario, y particion de bienes de el dicho Don Miguel Gomez de Velasco Mendieta que actualmente està pendiente ante el Teniente Don Gabriel de Rojas, y Mateo Muñoz de Lara Escrivano de su Juzgado, y à pedimento de Don Miguel ausente, y demàs sus hermanos se ha pedido se tenga presente à esta Vista, y la Sala lo ha mandado assi; se han convenido ambas partes en informar, y explicar sus pretensiones, y fundamentos de derecho por escrito.

14. Es de advertir, que aviendo puesto demanda en forma los dichos Don Miguel ausente, y sus hermanos ante el Juez Ordinario pretendiendo se declarassen bienes libres las dos heredades de campo llamadas de Fuertes, y el Palmar, y que les tocan como herederos de su Tio el Beneficiado Don Diego, y de el Veintiquatro Don Miguel su Padre en la parte que como à vno de siete herederos vbo de aver en ellas, mandando á Don Diego hermano mayor las restituyesse con sus frutos para que se aprecien, partan, y dividan adjudicando à cada vno, lo que segun dichas herencias les toca, declarandose por nula à mayor abundamiento la institucion de heredero hecha al mayorazgo de la dicha Doña Vrsola contenida en el otrosi num. 7. y en la clausula de el 11. se contextò, y substanciò legitimamente hasta la difinitiva; y y concluso el pleyto por dicho Teniente Don Fernando Marquez de la Plata que conociò de èl, el dia 27. de Julio de el año proximo passado de 715. se pronunciò la sentencia de el tenor siguiente.

15. *Sentencia de el Teniente.* Fallo atento à los autos, y meritos de el processo, dicho, y alegado por las partes, que debo de absolver,

ſolver, y abſuelvo al mayorazgo fundado por dicha Doña Vrſola Ramon de Salazar, y à la agregacion à él hecha por el Beneficiado Don Diego de Velaſco Mendieta ſu hijo, y al referido Don Diego de Velaſco Mendieta Cavallero ſu poſſeedor de la demanda pueſta por parte de los dichos Don Luis, Don Juan de Velaſco Mendieta, y demàs ſus hermanos, y de el expreſſado Tomas de Andrade como defenſor de auſentes, y difuntos por Don Miguel de Velaſco Mendieta, que lo eſtà en los Reynos de las Indias por ſu pedimento de 14. de Diziembre de el año paſſado de 1714. en cuya conſequencia declaro por bien hecha la agregacion executada por el Veintiquatro Don Miguel Gomez de Velaſco Mendieta como Commiſſario de el referido Beneficiado Don Diego de Velaſco Mendieta ſu hermano al mayorazgo fundado por la dicha Doña Vrſola Ramon de Salazar ſu Madre de las dichas dos heredades de Fuertes, y el Palmar, termino de la Villa de Alcalà de Guadaira, y de todo quanto à ellas toca, y pertenece por el teſtamento, que en virtud de ſu poder otorgò en 22. de Junio de el año de 1682. que fue aprobada por auto proveìdo en los de el cumplimiento de la diſpoſicion de el dicho Beneficiado Don Diego de Velaſco Mendieta en 21. de Março de el año paſſado de 1685. por el Señor Teniente Don Franciſco de Eſtacaſolo, y que como bienes agregados, y pertenecientes al dicho mayorazgo continúe en el goze de dichas heredades, y de ſus frutos, y rentas el dicho Don Diego de Velaſco Mendieta y Cavallero, como ſu actual poſſeedor, y los demas, que en adelante lo fueren con los vinculos, llamamientos, calidades, y prohibiciones contenidas en las clauſulas de los dichos poder, y teſtamento, que tratan de eſta agregacion, y en las de la fundacion de dicho mayorazgo, que por eſta mi ſentencia aſſi lo pronuncio, y mando ſin coſtas.

16. De la qual pretenden revocacion los dichos Don Miguel auſente, y ſus hermanos por los fundamentos alegados en la inſtancia de dicho Teniente, y que han tratado de esforçar en la de Viſta, y ſe fundarán con diſ-

disposiciones de derecho en el discurso de este papel, dividiendolos en §§. para mayor claridad, comprehendiendo en ellos (si pudiere la cortedad de el Abogado de los susodichos) lo que haze à su favor, y puede excluir todo lo alegado de contrario en los dos medios, que en el pleyto han deducido: el primero, que es el que và dicho, de que las dos heredades de campo, que son los vnicos bienes, que se conocen por herencia de el dicho Beneficiado D. Diego de Velasco Mendieta se declaren por libres, y partibles entre los siete herederos que instituyò, que fueron Don Miguel, y sus hijos; y el segundo sin perjuicio de el antecedente, y sin apartarse de èl, que al menos la heredad de el Palmar no puede comprehenderse en la agregacion, por no aver sido bienes de el dicho Beneficiado; si de Don Miguel Padre de los litigantes, y en que tienen parte de sus legitimas paternas, ò por mejor dezir son bienes obligados à la dote de su Madre Doña Inès Patricia Cavallero, y en q̃ tienen derecho de acreedores.

§. I.

17. SE dize en el primer numero que dos disposiciones, ò clausulas contrarias, è incompatibles de el poder de el Beneficiado Don Diego de Velasco, y que ambas *per se* no pueden estàr, ni subsistir han dado causa à este pleyto, y litigio; y respecto de que D. Diego de Velasco Mendieta y Cavallero, niega esta contrariedad, è incompatibilidad, diziendo, que ambas contienen vinculacion de el caudal de su Tio, y que la posterior contenida en el otrosi, es declaratoria, y explicativa de la antecedente: lo primero que se ofrece probar es la dicha contrariedad, è incompatibilidad, para despues passar à discurrir qual de las dos disposiciones deba subsistir: y estando lo literal de ellas en los numeros 5. y 7. de donde se deduce lo incompatible se passa á fundarlo con disposicion de derecho.

18. En la primera num. 5. dize el testador instituye sus herederos al Veintiquatro Don Miguel Gomez de Velasco Mendieta su hermano, y à sus hijos juntamente, que totalmente excluye succession por via de vinculo.

Fundase la incompatibilidad, y contrariedad de las clausulas.

culo. *D. Molin. de Hiſpan. Primog. lib. 1. cap. 6. num. 4.* ibi: *Secundò occurrit etiam alia communis regula, quod ſcilicet quando plures ſunt vocati per copulam inter quos ſolum cadit ordo charitatis, & affectionis abſque vlla neceſſitate inſtituendi, vel ſubſtituendi: prout contingit quando teſtator inſtituit fratrem ſuum, & eius filios, vel aliam inſtitutionem ſimilem fecit: tunc huiuſmodi perſonæ cenſentur vocatæ ſimul, & ſemel; ita vt eodem tempore in eius hæreditate concurrant, non autem ordine ſucceſſivo, nec ſecundum qualitatem affectionis.* Todo quanto contiene la clauſula primera de el poder, ſe halla expreſſo en el lugar; porque Don Miguel, y ſus hijos ſon inſtituìdos herederos juntamente; en ellos ſolo ſe verifica el orden de caridad, y afeccion, por que obligacion en el Beneficiado Don Diego (al menos por nueſtras diſpoſiciones de derecho) para hazer tal inſtitucion no la tuvo; ſon los inſtituìdos hermano, y ſobrinos de el teſtador, con que ſe ha de verificar con los ſuſodichos la opinion de el *ſeñor Molin. ita vt eodem tempore in eius hæreditate concurrant, non autem ordine ſucceſſivo*; que es el modo de ſucceder en los mayorazgos. Y queda probado para lo incompatible, que dicha diſpoſicion no puede ſer por via de vinculo, y mayorazo.

19. Lo miſmo con mas extencion dize, y funda el *ſeñor D. Juan de el Caſtill. lib. 5. controv. cap. 110. num. 14. Menoch. lib. 4. præſumpt. 70. num. 16. D. Couarr. in cap. Raynutius de teſtam. §. 2. num. 2. & 3.* y es texto capital, y expreſſo el de el dicho capitulo *Raynutius* 16. *de teſtam.* ibi: *In eo autem quod prænominatus Iudex condemnavit Raynerium nomine pupillorum ad reſidui reſtitutionem Alterochæ, ac eius filio faciendam ipſius ſententiam confirmavit. Nos igitur eiuſdem Cardinalis ſententiam ratam habentes ipſam authoritatem Apoſtolica confirmamus.* Que es propriamente conſtituir herederos *coniunctim re, & verbis*, que adquieren en la herencia iguales porciones *leg. 78. ff. de legat.* 3. ibi: *Coniunctim hæredes inſtitui, aut coniunctim legari, hoc eſt, totam hæreditatem, & tota legata eſſe ſingulis data; partes autem concurſu fieri. Ant. Gom. lib. 1. var. cap. 10. num.* 24. Con que por dicha inſtitucion iguales partes adquirieron en las hazien-

ziendas Don Miguel ausente, y los demàs sus hermanos en que se incluye Don Diego con quien litigan, y su Padre Don Miguel pues fueron instituídos *coniunctim re, & verbis.*

20. La segunda disposicion que contiene el otrosi dize otro modo de succeder, que es *successive*, en que no se pueden comprehender D. Miguel, D. Luis, D. Juan, Doña Ursola, y Doña Ana; si solo Don Diego Primogenito, y su descendencia, y si llegare el caso segun los llamamientos de el mayorazgo de Doña Ursola Ramon los demàs *successivo modo; non simul, & semel, ita vt eodem tempore in eius hæreditate concurrant. D. Molin. dict. cap. 6. num. 5.* ibi: *Hæc autem opinio procul dubio in Hispanorum primogenitorum successione admittenda non est; si enim Titio filijs suis aliqua bona iure maioratus relinquantur Titius, & filij eius non simul, sed ordine successivo admittendi sunt sive adsit necessitas præscissa, vel causativa instituendi, vel substituendi, sive non: Cum enim maioratus successio ex propria natura perpetua sit, tractumque successuum habeat, in eoque non possit succedere nisi vnus isque primogenitus, eaque bona necessario indivisibilia esse debent. Idem D. Castill. & alij author. citati num. antec.* Con los quales lugares queda clara la incompatibilidad de las dos disposiciones, en la primera ibi: *Nombro à mi hermano Don Miguel Gomez, y à sus hijos mis sobrinos juntamente con el susodicho por mis vnicos, y vniversales herederos;* y en la segunda ibi: *El dicho mi hermano, y dichos sus hijos han de succeder por via de vinculo, y mayorazgo.* Y no puede ser cosa mas incompatible, y contraria, que la sucession por via de herencia sin gravamen de vinculo, que dize dividirse los bienes entre los coherederos, y tener facultad cada vno para vender, y enagenar su parte, y suceder por via de vinculo, que explica no poderse dividir, ni poder ninguno de sus posseedores enagenarlos. Y estas dos disposiciones no se pueden convenir de modo, que ambas subsistan, que es lo que resuelve *Rojas de incompat. 1. part. cap. 10. ex num. 27. & 4. part. cap. 5. ex 21.* Y queda excluida la interpretacion, que por parte de Don Diego de Velasco se ha querido dàr

D à las

à las claufulas diziendo, que ambas contienen vinculacion, y la vna es explicativa de la otra, y probada la incompatibilidad, y contrariedad, que en si contienen.

§. II.

21. NO es de la que habla la regla *in leg. vbi pugnantia 188.ff.de regul.iur.y la 43.ff. de hæred.inst.*ibi:*Invicem enim eos sibi obstare*,tal que destruia la vna,y otra disposicion, porque no se pueda venir en conocimiento de qual fue la voluntad de el testador el Beneficiado Don Diego de Velasco Mendieta, que es lo que resuelve el Consulto en la ley *duo sunt Titij 30.ff. de testam. tutel*: ibi: *Si id non apparet, non ius defficit sed probatio: igitur neuter est tutor.* Y assi es menester vèr qual de las dos disposiciones fue de la mente, è intencion, y voluntad de dicho testador, que es la que debe subsistir. Y fundase primero, que no lo es la de vinculacion por el defecto de la memoria à que en ella se remite diziendo, que assi lo contiene.

22. *El instrumento referente sin el relato no prueba.* Toda disposicion, ò instrumento, que se remite à otro es referente, y no constando de el relato no haze fee, ni prueba alguna:*authent. si quis in aliquo documento Cod. de edend.* ibi: *Si quis in aliquo documento mentionem faciat alterius documenti: nulla ex hac memoria fiat exactio, nisi aliud documentum cuius memoria in secundo facta est proferatur.* Con la qual *Parej. de instrum. edit. tit. 7. resol. 9. num. 2.* pone por regla general la que và referida: *cum D. Covar. in pract. cap. 21. num. 2. D. Castill. lib. 4. controv. cap. 43. per tot. y en el num. 16. in fine* dize que se estiende à todo genero de contratos disposiciones, y vltimas voluntades; ibi: *Qui etiam recte observarunt vnanimiter regulam prædictam quod relatum dicatur esse in referenti cum omnibus qualitatibus suis procedere in omni materia,& dispositione; sicque in contractibus,in testamentis, in inditijs, in dispositione legis, & in statutis.* Tan general es esta regla que comprehende todos los casos, y cosas en que ay relacion, ò referencia a otro instrumento; y assi verificandose en la agregacion al vinculo

de

de Doña Vrsola Ramon de Salazar de el caudal de el Beneficiado Don Diego de Uelasco su hijo; ibi: *Y que en esta forma lo dexaba dispuesto en la dicha memoria arriba citada*, no constando de esta no puede tener validacion la pretensa vinculacion.

23. Con mas razon atendido el fundamento de esta disposicion *Parej. dict. resol. 9. num.* 13. ibi: *Nam scriptura ad quam relatio fit intelligitur esse pars scripturæ alterius se referentis ad illam: igitur est consequens, vt si non preducatur nec censeatur scriptura se referens integraliter producta.* Con que de vna disposicion son partes el instrumento referente, y el relato, y de ambas se compone; y assi expressamente lo contiene la clausula ibi: *Y que en esta forma lo dexaba dispuesto, y ordenado en dicha memoria arriba citada para que ella, y esta se entienda ser vna misma disposicion*: y faltando dicha memoria por el contenido de la clausula (y aun abstrayendo de la disposicion de derecho) no puede aver vinculacion por lo que dize *Parej. dict. resol. num.* 14. ibi: *Nam possibile est quod in parte relata non producta quid contineatur, quod detrahitur ei, quod continetur in parte producta, vel illud limitet*; y si el que el instrumento relato contenga otra cosa que el referente, ò limite su contenido es bastante para no darsele fee; en el caso presente con mucha mayor razon porque pocos renglones antes se halla otra disposicion de el mismo testador Don Diego con remision à la misma memoria, y no es preciso para que la fee de el referente consista en el relato, que este sea solemne, ò autentico, pues basta qualquiera. *Parej. dict. resol. num.* 17. ibi: *Quod procedit, & sibi locum vendicat quamvis esset facta relatio ad instrumentum; seu scripturam invalidam, & non solemnem & nullam cum semper omnia; ibi contenta censeantur specialiter expressa in referenti.* Y aviendo parecido la memoria (si contuviera vinculacion) de ella, y la dicha clausula resultara perfecta disposicion porque el contenido de la memoria se tuviera por inserto en dicha clausula; y aun conteniendo vinculacion podia ser en otra forma de la que dispuso Don Miguel Gomez de Velasco Mendieta vsando de el poder en la institucion

Las razones por que no prueba el referente sin el relato.

No es preciso que el instrumento relato sea autentico.

titucion de herẽcia que hizo pues es possible fuesse llamado en primer lugar otro de sus sobrinos, ò que la vinculacion fuesse despues de la muerte de todos; y todo esto que pudo ser excluye la vinculacion por el defecto de memoria.

24. Lo hasta aqui probado en este 2. §. es general en toda disposicion: pero respecto de que la vinculacion que pretende Don Diego de Velasco Mendieta subsista es por via de institucion de herencia, assi consta de la clausula ibi: *Otrosi el dicho otorgante dixo que el dicho Don Miguel Gomez de Velasco Mendieta, y dichos sus hijos han de succeder en el remaniente de su herencia, y bienes por via de vinculo, y mayorazgo, &c.* Se probarà que como institucion, no puede tener validacion, no constando de la memoria, y probandose fue la misma à que el testador se remitiò. *Ioann. Gutierr. lib. 2. pract. q.* 41. donde trata de las disposiciones de las leyes 31. *de Toro, y 5. tit. 4. lib. 5. recop.* su concordante num. 4. propone la question, y pregunta si la institucion de herencia con relacion à memoria valga; y resuelve que si; ibi: *Et hoc procedere non solum si schedula sit manu propria testatoris scripta sed etiam si alterius; si modo constet eam esse de qua testator sensit; à qua sententia in practica non est recedendum propter authoritatem D. D. illam tenentium. Idem Carpio de execut. & commis. testam. lib. 2. cap. 7. num.* 24. ibi: *si de eius validitate non controvertitur, & lib. 3. cap. 4. num. 21. D. Covarr. in cap. cum tibi de testam. num.* 5. y otros, que cita. Con que para que valga la vinculacion como institucion avia de constar de la memoria, y justificarse ser la misma à que el testador se remitiò.

La institucion de de herencia con remision à memoria no vale sino consta dela memoria, y que fue la misma à que el testador se remitió.

25. Con mas individualidad lo expressa *Burgos de Paz in leg. 3. Taur. num.* 880. ibi: *Non tenetur sequi voluntatem scriptam in epistola nisi veritas epistolæ per quinque testes comprobetur, quia potest esse supposita.* Và hablando de los Commissarios á quienes se les dà poder para hazer testamento instituyendo heredero al que dexaba escrito el testador en vna carta. Lo mismo prueba el *Carden. de Luca en el lib. 9. de testam. codicill. & vltim. volunt. 1. part. ex discurs. 1. vsque ad 5.* donde

refiere

refiere varias instituciones de herencia hechas en testamento con remision à memoria, ò cedula en que estaba escrito el heredero, y resuelve, que son validas, como conste de la memoria; porque en este caso su contenido se entiende inserto en la clausula de institucion donde debe estàr, para que valga la disposicion. De que resulta tambien hazer falta la memoria, para que valga la vinculacion como institucion; y no constando della es sin fundamento la pretension de Don Diego de Velasco Mendieta Cavallero. Y con mas razon no dudandose por ninguna de las partes, ni aviendolo dudado el Veintiquatro Don Miguel Gomez de Velasco Mendieta que huvo tal memoria, ò cedula; ni pudieran porque repetidas vezes la expressò en el poder el Beneficiado Don Diego de Velasco.

La fundacion de vinculo con remision à memoria, no subsiste sin que conste de la memoria.

26. Como fundacion de vinculo, y agregacion al de Doña Vrsola Ramon de Salazar tan poco puede subsistir la disposicion de el otrosi sin dicha memoria, que avia de contener la substancia de dicha disposicion, *D. Castillo lib. 4. controv. cap. 20. num.* 31. ibi: *Maioratus, sive melioratio recte constituitur in filium quem testator nominavit in quadam schedula dummodo de veritate schedulæ constet. D. Mol. de Hisp. primog. lib. 2. cap.* 8. *num.* 11. ibi: *Ex ijsdem etiam probatur non solum valere maioratus institutionem in scriptura privata cum partis subscriptione facta, sed etiam in schedula privata manu institutoris, vel alterius scripta absque die mense, & anno neque etiam eius subscriptione, neque alia solemnitate dumtamen institutor illius primogenij formam in alia scriptura autentica observari præceperit ad ipsam que shedulam dispositionem retulerit, constetque liquido eam shedulam esse illam ad quam institutor suam voluntatem, atque dispositionem direxit; quod ne dum procedit in maioratu, qui per viam legati, seu fideicommissi factus fuit; sed etiam in eo, qui ex hæredis institutione constat. Idem Mieres de maiorat.* 1. *part. quest.* 48. *à num.* 219. Con que como quiera que se considere la disposicion de el dicho Beneficiado Don Diego de Velasco contenida en el otrosi, sin la memoria no subsiste, ni ay vinculacion, y es claro el agravio, que el Teniente con su determinacion

hizo

hizo á Don Miguel ausente, y sus hermanos.

§. III.

27. FVndado en el §. antecedente, como lo queda, que la institucion de heredero de el Beneficiado Don Diego de Velasco Mendieta al mayorazgo, que fundò Doña Vrsola Ramon de Salazar agregandose à el residuo de dicha herencia, que se dixo por el Commissario consistir principalmente en la heredad llamada Fuertes; es preciso satisfacer à lo que segun las alegaciones que por parte de el dicho Don Diego litigante se han hecho, y tratarà de probar en su papel, y es en quanto al contenido de el num. 22. que la regla de la *auth. si quis in aliquo documento*, con el lugar de Pareja, del señor Covarr. y Castillo no son del caso de el pleyto por que tiene sus limitaciones; en las quales queriendose adaptar à la question presente se halla el susodicho. Pruebase de la misma *resol. 9. de Parej. num.* 20. ibi: *Quando instrumentum referens factum, proponitur ab eo, qui disponendi habet facultatem tam in referenti, quam in relato; tunc enim & si relatum non exhibeatur, referens omnimodam probationem constituet, vt probatur ex cap. Abbate Sancti Siluani 25. de verbor. signific. versic. praeterea, & seqq. D. Castill. cap.* 43. *num.* 32. *Cancer. var. resol. lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 219. *Surd. cons.* 241. *num.* 1. & 419. *num.* 21. Y teniendo facultad el dicho Beneficiado D. Diego para disponer de su caudal dexãdolo vinculado, ò libre à su hermano, ò sus sobrinos, no haze falta la memoria diziendo en el otrosi de el poder que lo que contenia era la vinculacion.

Limitaciones de la authentica si quis in aliquo documento.

28. Y tambien destruye dicho fundamento otra limitacion de la authent. que refiere *Parej. dict. resol.* 9. *num.* 24. ibi: *Requiritur tertio, quod in instrumento referenti substantia eius quod continetur in relato descripta appareat; alias relato non exhibito neutiquam probationem constituere valebit. D. Castill. dict. num.* 32. ibi: *Vbi quod statutum relatum licet non appareat, statum referens valebit quando scilicet in eo declaratur mens statuentium.* Y en dicho otrosi ay disposicion perfecta de vincula

cion

cion, y inserta la substancia de la memoria à que se refiriò el testador ibi: *Y que en esta forma lo dexaba dispuesto, y ordenado en dicha memoria arriba citada.*

29. No se duda ser vna de las limitaciones de la authentica segun los lugares citados en el num. 27. quando el que otorga el instrumento relato tiene facultad de disponer *tam in eo quam in referenti*, porq̃ entonces es visto, que la disposicion perfecta es la que contiene dicho relato: pero si se duda, y con grave fundamento para ello, al menos, que la disposicion de dicho otrosi fuesse en ocasion que pudiera tener validacion en perjuicio de la institucion contenida en la clausula antecedente, pues por derecho està dispuesto, que los actos proximos, y cercanos à la muerte se presumen hechos sin el conocimiento, deliberacion, y reflexion, que se requiere, y mas en el acto de testar, y assi no deben ser de atencion, ni perjudicar à la disposicion perfecta. *D. Castill. lib. 4. controv. cap. 22. num.* 15. refiere las palabras de la *ley* 13. *tit.* 1. *part.* 6. *Que son otrosi el que fue salido de memoria no puede hazer testamento mientras que fue desmemoriado*: y prosigue el señor Castillo: *Sicuti etiam is, qui in extremis est constitutus, prout constitutum testatorem in casu præsenti, & intra vnam horam decesisse probatur. Ita sane tradiderunt; & testatorem constitutum in articulo mortis; præsumi mortis propinquæ cogitatione turbatum, & non integræ, nec sanæ mentis. Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 6. num. 3. Qui confirmat ea ratione; quod tunc temporis memoria redditur invecillis, & totus languet intellectus, nec præsumitur quis habere animi consilium, nec intellectum. Francisc. Patavin. inter cons. vltim. volunt. lib. 1. cons.* 158. *num.* 37. *& seqq.* ibi: *Quia vt præsuponitur illa testatrix erat constituta circa mortem, quia parum post decessit, & ideo præsumitur, non deliberatione, sed mortis cogitatione turbata id fecisse. Menoch. lib. 4. præsump. 8. num. 33. & seqq. text. in leg. iubemus 29. Cod. de testam. Idem ipse D. Castill. lib. 5. controv. cap. 72. versic. quinto dolus* ibi: *Idque maxime quando actus, seu dispositio facta in articulo mortis, & testatore existente gravi infirmitate gravato tenderet in præiuditium tertij cui ex alia dispositione, vel alio modo*

Los actos q̃ qualquiera executa propinquo à la muerte, no se consideran con aquella deliberacion, q̃ se requiere para valgan.

modo ius esset antea adquisitum. Y los hijos de Don Miguel tenian adquirido derecho à la herencia de su Tio en iguales porciones con su Padre por la institucion antecedente; y prueba mas la sugestion el poco intermedio de tiempo de vna à otra clausula, y disposicion. *D. Castill. dict. lib. 5. controv. cap. 72. versic. vndecimo, & vltimo dolus* ibi: *Dolus, & suggestio præsumitur ex actuum vicinitate, & parva temporis distantia.*

30. Aunque las palabras del *Señor Castillo en el n. 15. de el cap. 22.* ibi: *Sicuti is, qui in extremis est constitutus prout constitutũ testatorem in casu præsenti, & intra vnam horam decessisse probatur:* y las de *Patavino*, *quia parum post decessit, & ideo præsumitur non deliberatione, sed mortis cogitatione turbata id fecisse:* recaigan sobre los casos que questionan, son muy de el presente que se trata, pues estaba tan cercano à la muerte el Beneficiado Don Diego de Velasco quando puso el otrosi; que siendo el dia 23. de Diziembre de el año de 681. como consta de la fecha de el poder, aquella misma noche muriò; y se prueba de los autos, pues se halla prevenido el cumplimiento de su testamento el dia siguiente 24. con que ya la presumpcion de estár su mente turbada con la fatiga de la muerte, y no con deliberacion precissa pata el acto, està patente.

31. Y no obsta se diga; que lo mismo se entiende para que no subsista la institucion de heredero de su hermano, y sobrinos juntamente, que hizo en la misma ocasion con poca diferencia de tiempo antes; porque ay entre vna à otra gran distincion, y probabilidad de que la primera fuè en tiempo habil; y la segunda no: y resulta de el mismo poder en que aviendo hecho la institucion de hermano, y sobrino, concluye con el dia, mes, año, y testigos; y en este estado dize el Escrivano Publico que dà fee de conocer al otorgante, y que lo firmò de su nombre en el registro; y siendo debaxo de la fee; no se puede dudar que estaba capaz de firmar: y à esto prosigue el dicho otrosi disposicion de vinculacion, y dandole à firmar el Escrivano dize, que no pudo por la gravedad de su enfermedad: y si el corto tiempo, que se gasto en la dicha clausula fue bastan-

te

te para agravarſe de modo, que no pudo firmar; tambien lo fue para perturbarſe la razon, è incapacitarſe para lo que executò por falta de deliberacion, y conocimiento. De que no dexa de ſer preſumpcion vrgente dezir primero, que fueſſen ſus herederos el hermano, y ſobrinos juntamente, que dize *collectivo modò*; y luego que por via de mayorazgo, que explica *suceſſivo* como và probado en el §. 1. num. 18. & ſeqq.

32. Y no faltan fundamentos para inferir que dicha addicion, ù otroſi fuè à inſtancias, perſuaciones, è influencia de el que le aſiſtia; las quales en enfermo gravado, y proximo â la muerte, ſon baſtantes para anular el acto, aunque ſean por perſona, que no es capaz de inducir miedo, violencia, ni coaccion en el teſtador: *vt probat. D.Caſtill. in locis citat.num.* 29. *y* 36. *Spin. in ſpecul. teſtam.* 2. *part. gloſſ. rubricæ num.* 8. ibi: *Hinc deducitur, quod ſi aliquis apropinquet morti, & licet videatur habere aliquem rationis vſum; ſi tamen adſtantium importunationibus laceſſitus mutet teſtamentum, nullum robur habebit, tanquàm coacte, & non voluntate teſtatoris factum*; Pues ay muchas circunſtancias, que prueban que el animo de Don Miguel era vincular, à favor de ſu primogenito, y en perjuico de los demàs hijos todo quanto caudal pudieſſen adquirir, como es: que ſiendo la heredad de el Palmàr propria ſuya adquirida con ſu caudal, como de el pleyto conſta, y ſe fundarà en ſu lugar, la incluyò en el inventario de los bienes de el Beneficiado ſu hermano, y en el teſtamento, que en ſu nombre hizo, diziendo ſe avia de vender para fabricar molino, y almacen, y pudiendoſe executar de otro caudal para emplear ſu procedido en bienes para vinculo, como queda referido num. 9.

Circunſtancias, que perſuaden la influencia, y coaccion con que puſo el Beneficiado D. Diego el otroſi.

33. Y en el pleyto de el cumplimiento de el teſtamento, y particion de los bienes de el Veintiquatro Don Miguel Gomez de Velaſco Mendieta, que paſſa ante el Juez Ordinario, y ſe tiene preſente à la viſta deſte ay articulo pendiente ſobre que el dicho Don Diego de Velaſco Mendieta Cavallero, ſu hijo mayor, y Albazea ponga por mas bienes de el inventario la Veintiquatria, ò Tenencia de Eſcrivano mayor de

Sacas, con voz, y voto en el Cabildo, y Regimiento de esta Ciudad, que vsò dicho D. Miguel, y Don Diego se defiende con que es vinculado : y para lo primero ay, que este oficio fuè bienes de el concurso de Anton Armijo, y Vilches, y de otro Anton Armijo Veintiquatros que fueron de esta Ciudad, y para el pago de sus acreedores se rematò en 56ij. reales en el Beneficiado Don Diego de Velasco Mendieta; y por su declaracion autentica dixo aver hecho la postura, y conseguido el remate para Don Miguel su hermano, y con su caudal avia depositado el precio, en virtud de la qual al mismo Don Miguel se le despachò provision para la possession, y amparo, que tomò, y hizo el juramento en la Ciudad, y otras diligencias, como dueño de el oficio en el concurso de los dichos Armijos desde cuyo tiempo empezò à posseerlo como consta de los autos.

34. Y para lo segundo solo ay, que tratando de hazer su vinculo, y mayorazgo en virtud de facultad Real Doña Vrsola Ramon de Salazar en Don Miguel Gomez de Velasco su hijo incluye en èl esta Veintiquatria, ò Escrivania mayor de Sacas, diziendo pertenecerle por vna declaracion que à su favor avia hecho el Beneficiado Don Diego de Velasco su hijo, de que no consta, aunque se cita ser de 6. de Noviembre de dicho año de 674. mas de cinco meses posterior à la que tenia a su favor Don Miguel; quien consintiò en esto, y lo aprobò sin hazer caso de la declaracion que à su favor tenia, possession, y amparo, que se le diò en el concurso, y que à esto no podià perjudicar la en que se fundò Doña Ursola Ramon para querer vincular la Veintiquatria; ni parece probable, que el Beneficiado Don Diego la comprasse para persona que por su sexo era incapaz de vsarla; y no es inverosimil lo hiziesse para quien podia exercerla como desde luego, y aun antes de la declaracion, que cita su Madre la exerciò dicho Don Miguel.

35. Y lo mismo sucede con 240ij. mrs. de la renta de vn juro en el vno, y medio por ciento de esta Ciudad, que aviendo sido en cantidad de 480ij. mrs. de renta

renta

renta, bienes, y caudal de el Capitan Don Diego de Uelaſco Padre de Don Miguel, y de el Beneficiado, y judicandoſelé en parte de pago de ſu ha de aver por la legitima parterna à Don Miguel, tambien conſintiò lo incluieſſe en el mayorazgo Doña Vrſola ſu Madre ſolo con vna relacion, que hizo de que ſu hijo ſe lo avia vendido para dicho efecto, ſin que de tal venta conſte; y lo conſiente en perjuicio no ſolo de las legitimas paternas de los ſuyos, ſino tambien de la materna; pues de eſte modo extinguiò el caudal, ſin que aya para pagar la dote, que ya tenia conſtituìda à favor de Doña Inès Patricia Cavallero ſu Muger. Y aſſi aviendo procurado incluir en la agregacion al vinculo la heredad de el Palmar, conſentido la adjudicacion de la Veintiquatria, y Juro; y hallandoſe el otroſi de la dicha agregacion en la forma, que de èl conſta, y và ponderado, no es ſin fundamento de que fue perſuadido el Beneficiado en el vltimo tiempo de ſu vida, à que puſieſſe dicho otroſi, y que ſe conſiguiò quando ya la gravedad de ſu enfermedad no le daba lugar á deliberar lo que hazia.

36. No prueba menos lo dicho la diligencia, que eſtà pueſta al fin de el inventario por el Eſcrivano que lo hizo con fecha de 14. de Henero de el año de 682. que es la que cita Don Miguel de Velaſco Mendieta en el teſtamento, que como Commiſſario otorgò, y clauſula que ſe cita num. 12. veinte y dos dias deſpues de la muerte de el dicho Beneficiado, y diez de averſe empezado dicho inventario, en que dá fee de que en diferentes dias buſcò por ſu perſona con aſſiſtencia de Don Miguel en el apoſento donde eſtaban los libros, y papeles, que quedaron por fin, y muerte de el dicho Beneficiado regiſttando para ello eſcriptorios, y caxones, la memoria, à que ſe refiere en el poder para teſtar, y que no la avia hallado, ni otro papel, que miraſſe à ſu vltima diſpoſicion; ſiendo aſſi que todos los que quedaron por ſu fin, y muerte eſtaban con tan buena cuſtodia, y diſpoſicion, que aora al cabo de tantos años por los herederos, que impugnan la vinculacion ſe han hallado quantos han ſido preciſos para

ra prueba de que la heredad de el Palmar no es vinculada; y algunos son quartillas de papel, y aun menos como se reconoce en los autos desde el fol. 70. hasta el 90. y especialmente al 73. 78. y siguientes; y conservandose estos no es presumible (à caso) se huviesse perdido papel de tanta importancia.

37. Demàs de esta diligencia, ò testimonio no prueba la perdida de la memoria en el supuesto, como và dicho de que la huvo, y que el dicho Veintiquatro D. Miguel Gomez de Velasco Mendieta fue el vnico Albazea de el Beneficiado Don Diego su hermano, y fue solo el que se hizo el cargo de todo el caudal, y papeles, y quien vnicamente executò el inventario, y consiguientemente fue el obligado á conservar la memoria, exhibirla, y arreglarse à ella en la execucion de el testamento. *Parej. de instrum. edit. tit. 5. resol. 15. num. 9.* ibi: *Et hæc amissio instrumentorum tunc probata iuris præsumptione dicitur si de ruina, depopulatione, incendio, aut naufragio loci, sub quo instrumenta custodiebantur per veras probationes constare possit. Petrus Surd. cons. 109. num. 9. vbi quod probari debet existentia instrumenti in domo, navi, aut alia re, quæ ruinam aut incendium passa est, ad hoc vt amissio dicatur probata. Y Alvaro Velasc. Vincent. Hondedeo, & alij. quam plurimi citati à Parej. dict. num. & tit. 9. resol. 4. num. 13.* Y siendo cierto huvo la memoria pues el testador lo repitiò dos vezes en el poder, y que quedaba entre sus papeles, y el dicho Commissario no lo negò, antes si tambien lo confessò en el testamento que executò; no està probada la perdida de ella: porque, ni incendio, robo, ruyna, ni otro caso fortuito en el quarto de los papeles, que estaba solo à disposicion de el dicho Don Miguel se ha probado; y no aviendose perdido la memoria se puede dezir lo que el *señor Larr. deciss. 56. num. 7.* tratando de la perdida de el instrumento de fundacion de mayorazgo para que à de constar de la causa ibi: *Semper instrumenta substrahi, & ocultari præsumitur ab eo, cui possent nocere authent. ad hoc. §. ille etiam versic. si quis instrumenta Cod. de latin. libert. toll. cum Mascard. Surd. Farinac.* y otros. Y es probable con la clausula de

Como se pruebe la perdida de el instrumento.

el

el poder de institucion de heredero à hermano, y sobrinos, que la memoria perjudicasse al intento de Don Miguel, que por tantos medios explicò ser su voluntad ampliar el mayorazgo de Doña Vrsola de Salazar su Madre con quantos bienes por qualquier titulo al susso dicho le pudieron pertenecer.

38. No dexa de ser tambien prueba de lo hasta aqui dicho hallarse en el testamento, que como Commissario otorgò vnos legados tan grandes como de 2U093. pesos, de 1U500. ducados, y los demàs de que se haze mencion num. 8. Siendo assi que en el poder solo se le concede facultad para declarar las cosas de el descargo de la conciencia de el testador, y pa ra hazer las declaraciones, que convinieren, a ssi en favor de el testa dor, como de dicho Commissario, y de otras personas, como consta num. 4. sin hallarse clausula por donde le dè poder, y facultad para hazer legados: y supuesto que los hizo, y en porciones con siderables, incluyendo en vna de 200. pesos al testigo que firmò el poder por no poderlo hazer el Beneficiado Don Diego, es visto los contenia la memoria; y como esto no perjudicaba en la substancia à la vinculacion los expressò en el testamento, sin embargo de perjudicarle la cantidad, quando la contuviesse la memoria, ò à los herederos no siendo assi, que es lo mas probable segun las circunstancias de el hecho, que se ha tenido por precisso expressar para fundar el derecho de Don Miguel ausente, y sus herm anos.

39. No ès de sus grandes obligaciones sindicar las operaciones de su padre, ni lo es, ni se debe tener por tal aver tratado de esforçar, que la memoria, à que se remite el Beneficiado Don Diego de Uelasco su Tio, ó para dexar libre su caudal, ò vinculado tuvo motivo para que no pareciesse entre los papeles de el difunto, à que le moveria discurrir en ello mayor conveniencia de sus hijos librada en que el fin de la institucion de los mayorazgos es la conservacion, y perpetuidad de las nobles familias: *Vt ait D. Molin. de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 3. que mas se assegura siendo opulentos los mayorazgos. Y reduciendo à este termino con la agre-

gacion

gacion el de Doña Ursola Ramon de Salazar, se assèguraban los alimentos correspondientes à la nobleza de los litigantes, y renta quantiosa de el mayorazgo; pues con esta pension lo avia de posseer Don Diego de Velasco Primogenito; como tambien lo prueba el *señor Molin. dict. cap.* 11. *num.* 30. Pero sus hermanos dessean mejor posseer, y adquirir lo que juzgan proprio, que tener que pretender con su hermano les dè lo que como tal posseedor les debe, y que se lo questione, y el quanto, por lo que dize el *señor Don Juan de el Castill. lib.* 3. *controv.cap.* 15. *num.* 9. y assi injuria à nadie hazen vsando de su derecho; *regula leg. nullus* 55. *ff. de reg. iur.*

40. La segunda limitacion de la *authent.* en que dize hallarse Don Diego para que no le obste es, la que refiere num. 28. *de Parej. dict. resol.* 9. *num.* 24. *Quod in instrumento referenti substantia eius, quod continetur in relato descripta appareat*; y que assi conteniendo el dicho otrosi perfecta disposicion de vinculacion, y expression de ser lo mismo, que contenia la memoria, ninguna falta haze para que subsista. Y de el mismo modo se excluye hallarse el susodicho en esta limitacion atendido el referido lugar *de Parej. num.* 25. ibi: *Quarto requiritur quod stipulatio, donatio, seu dispositio referens sit certa, & determinata, ita vt aliàs de per se subsistere possit, atque ex ea possit apparere de voluntate contrahentis, seu disponentis; tunc enim referenti statur licet relatum non exhibeatur, quasi relatio adhibita fuerit casualiter, non verò conditionaliter, & num.* 27. ibi: *Sicut è converso, quando dispositio, seu stipulatio contenta in instrumento referenti est incerta, indeterminata ita vt mens disponentis, aut contrahentium explicari non possit, nisi de relata constiterit; tunc enim firma remanet regula, nempe quod si relatum non appareat inutilis remanet referens, licet versemur in casu limitationum superius adductarum:* D. *Castill. dict. lib.* 4. *cap.* 43. *num.* 31. ibi: *Quando scilicet relata dispositio, aut scriptura relata, aut testamentum ad quod sit relatio non apparet, si referens, seu relatio orationem perfectam habet, & bene potest percipi quod senserit testator, in eo quod potest disponere, testamentum ipsud*

Para que el instrumento referente pueda subsistir sin el relato, es preciso contenga disposicion perfecta, y que conste con claridad de la voluntad de los contrayentes, ò testador.

refe-

referens servandum est, & non vitiatur, quod certum est propter id, quod non apparet, & quod satis est apparere de potestate, & mente disponentis & de ipsa dispositione referenti, licet non appareat de relato; idque maxime, quando in dispositione referenti apparet explicite de voluntate disponentis, & de ea habetur certitudo; y concluye el num. 31. *Vbi quod statutum relatum, licet non appareat statutum referens valebit quando scilicet in eo declaratur mens statuentis*; y los numeros siguientes son muy de el caso para mas prueba de lo referido. *Cardin. de Luca de testam. disc.* 1. *num.* 2. ibi: *Ideoque cum indubitatum esset schedulam esse sinceram, & propria manu Cardinalis, atque perdictum actum conclaui gestum, resultaret absque dubio perfecta naturalis probatio determinatæ voluntatis, ita testandi; hinc proinde hoc solum absque alia inspectione sufficere debebat; leg. asse toto* 77. *ff. de hæred. instit.*

41. Y de dicho otrosi no resulta disposicion perfecta determinada, ni voluntad clara, y evidente sin que quede razon de dudar de que el Beneficiado Don Diego de Velasco Mendieta quiso fundar vinculo, y mayorazgo, ò agregar el residuo de su caudal al de Doña Vrsola Ramon de Salazar su madre de tal suerte, que para persuadirse à ello no se requiera la memoria firmada de su nombre, para que conviniendo con esta disposicion se tuviesse por fundado el vinculo, y pudiera Don Miguel de Velasco Commissario disponer los modos, y condiciones de su succession como lo hizo; por que la otra clausula antecedente de institucion de herederos al hermano, y sobrinos explica distinta disposicion perfectissima por la qual las haziendas quedaban libres, y su propriedad, y dominio à Don Miguel Gomez de Velasco, y sus hijos, que es lo literal de ella; y esto tambien con remission á la misma memoria, con que no se puede dexar de conceder, que estas mismas explicaciones en actos con poca intermision de tiempo ponen dudoso qual fuesse la voluntad de el testador, si dexar libre su hazienda, ò vinculada, y que sin embargo de las limitaciones de la authent. era precisa la memoria para que subsistiesse la vinculacion, ò agregacion. *Joann. Gutierr. cons.* 23.

num.

num. 7. ibi: *Chirographum hoc, quod producitur non est clarum, & liquidum, quo fit, vt exequi non possit nisi primo ad quod fit relatio producto.*

42. Se ha tratado de persuadir en este §. num. 31. y 32. que quando el Beneficiado Don Diego de Velasco Mendieta puso el otrosi de la vinculacion estaba ya incapaz de executarlo por la gravedad de su enfermedad, y falta de deliberacion para el acto, y que las persuaciones por el afecto que se ha reconocido à augmentar el mayorazgo de Doña Vrsola, le pudo impeler à dicha disposicion indeliberada, y sin acuerdo, y consentimiento por defecto de voluntad, de que se puede inferir, que siendo assi no puede subsistir la institucion de hermano, y sobrinos en que se funda Don Miguel, Don Luis, &c. porque le faltó la capacidad antes de perficionar la disposicion con el lugar de *Ant. Gom. in leg.* 3. *Taur. num.* 105. y textos que cita.

43. Aque se satisface con el mismo ibi: *Quod intellige quando expresse constaret, quod testator volebat alia disponere addere, vel detrahere; quia tunc est imperfectum ratione voluntatis, & ideo non valet, sed in totum vitiatur: secus autem est indubio, quia de hoc non constaret, quia testamentum valeret, & censetur perfectum, & consummatum leg. si is qui testamentum, ff. de testam. leg.* 23. *tit.* 1. *part.* 6. Y la disposicion vltima de el dicho Beneficiado quedò perfectamente acabada con la institucion de heredetos, testigos, dia, mes, y año, y todas las clausulas, què constituyen vn legitimo, y verdadero poder para testar, y no consta fuesse su voluntad mudar esta disposicion; y assi la incapacidad à que se reduxo por agravarsele el accidente, que à poco tiempo le quitò la vida, solo podrà obrar el efecto de que dicho otrosi ninguna validacion tenga, ni obste à dicha institucion.

§. 4.

44. DAndole total estimacion los Señores que este pleyto han de determinar à que la capacidad de el Beneficiado Don Diego de Velasco Mendieta quando

quando dispuso el orrosi, y vinculacion estaba turbada con lo proximo de la muerte, y fatigada con las congojas de semejante lance, y consiguientemente no con deliberacion perfecta para mudar la anterior disposicion, no era precisso passar à hazerse cargo de otras alegaciones de Don Diego de Velasco Mendieta para satisfacerlas, y que quede por otros medios mas clara la subsistencia de la institucion primera *collectivo modo*, y excluida la segunda, en que se funda la vinculacion. Pero respecto, que el superior dictamen de dichos Señores puede por razones, y fundamentos que à ello les assistiràn, no darle tanta estimacion à la incapacidad de dicho Beneficiado como la que ha aprehendido la cortedad de el Abogado de el ausente, y sus hermanos, por lo que de los Autos ha reconocido, y se ha expressado en el §. antecedente (sin perjuicio de ello) se referiràn en este otras alegaciones de Don Diego, con que trata de esforçar la validacion de la vinculacion para satisfacerlas; y se reducen à que esta consiste en la clausula posterior à la institucion de herederos *simul* à Don Miguel Gomez de Velasco Mendieta, y sus hijos, sobrinos de el testador, y que siempre se ha de estàr à la vltima disposicion, y la clausula posterior revoca la anterior; y que esto tiene aprobacion judicial, que es la que huvo en los Autos de el cumplimiento de el testamento de el dicho Beneficiado; y finalmente, que como vinculadas posseyò las haziendas Don Miguel; que assi està justificado con informacion en los Autos, en virtud de que Don Diego tomò tambien la possession de ellas como agregadas al vinculo, y por executoria se confirmò, y se le mandò dàr el amparo.

45. *La posterior disposicion revoca la anterior.* La primera de estas alegaciones tiene su fundamento en el §. *posteriore quoque testamento 2. instit. quib. mod. testam. infirm.* que dispone, que por la posterior disposicion se entiende revocada la anterior; la razon la diò el Consulto Vlpiano en la *ley 4. ff. de adim. leg. ambulatoria enim est voluntas deffuncti vsque ad vitæ supremum exitum:* Y siendo como fue posterior la disposicion de vinculacion, aunque executada en tiempo

cercano à la muerte de el teſtador debe ſubſiſtir, y valer, y entenderſe revocada la antecedente de inſtituciō libre á D. Miguel, y ſus hijos, y como clauſula poſterior el otroſi es preciſſamente correctoria de la antecedente, que no admite duda en vltimas diſpoſiciones; *leg. ſi mihi,* 12. *§. in legatis, ff. de legat.* 1. *leg.* 6. *§. finali. leg.* 17. *ff. de adim. leg. leg. ſi quis* 14. *ff. de vulg. & pup. ſubſt. Aguila addiccion. ad Roj.* 4. *part. cap.* 5. *num.* 13.

46. La ſegunda en el hecho que reſulta de el pleyto de el cumplimiento de el teſtamento de el Beneficiado Don Diego de Uelaſco Mendieta, en que preſentò Don Miguel el que otorgò en virtud de el poder en la miſma forma, que queda mencionado deſde el num. 8. el inventario de los bienes de el dicho difunto, en que incluyò las dos haziendas de Fuertes, y el Palmar, y la quenta de el Albaceazgo con expreſſion de los bienes q̄ quedaban para el vinculo, q̄ eran las dos haziendas, y ſubſtanciado todo con la parte de el Fiſcal de la Real Juſticia, el Juez Ordinario, que conocia de el pleyto por ſu Auto de 21. de Março de el año de 685. declarò por cumplido el teſtamento en quanto à Miſſas, y legados pios, y tambien en quanto à la agregacion al vinculo de Doña Vrſola Ramon de Salazar otorgandoſe por Don Miguel Gomez de Velaſco Mendieta eſcriptura de agregacion en conformidad de ſu allanamiento, y de la clauſula de el teſtamento de el dicho Beneficiado Don Diego; la qual determinacion conſentida, y aprobada tiene efectos de coſa juzgada, à que no ſe pueden oponer los herederos de el dicho D. Miguel *D. Salgad de retent.* 1. *part. cap.* 12. *ex num.* 28. *leg. cum quæritur & ſeqq. ff. de re iudic.* de tal ſuerte que ſobre que lo que ya eſtà determinado, y aprobado judicialmente no puede aver mas litigio, ni conocimiento de cauſa. *Fontanell. tom.* 1. *deciſſ.* 174. *ex num.* 6. ibi: *Rei autem iudicatæ tanta eſt authoritas, vt non permittat vlterius circa rem deciſſam (ſic enim inquit Imperat. in leg. fin. Cod. de fid. inſtrum.) iam pleniſſimum finem cauſa accepit, neque per appellationem ſuſpenſa eſt, neque per ſolitam retractationem, adhuc lis viuere ſperatur, tunc ſatis durum eſt huiuſmodi quærellæ indulgere, ne in infinitum*

Efecto que obra la coſa juzgada.

tum tractentur, & sopita iam negotia per huiusmodi viam iterum aperiantur: y prosigue por toda la decision, y en las tres siguientes, que en lo que ya está determinado, no se puede bolver à inculcar, aunque sea con el motivo de averse hallado nuevos instrumentos, sino es en el caso que propone, que por no ser de el presente se omite.

47. Que procede con mayor razon aviendose substanciado dicho juicio, y caìdo dicha aprobacion con el dicho Don Miguel de Velasco Mendieta principal interessado en dicho litigio por ser el Albazea, primer llamado al vinculo, ò agregacion, y con dicho Fiscal de la Real Justicia con quien se substancian todos los cumplimientos de testamentos; y siendo herederos de el dicho, Don Miguel el ausente, y sus hermanos no pueden oponerse, ni impugnar lo litigado con el suso dicho *D. Castill. lib. 5. controv. cap.* 157. *n.* 21. *D. Molin. de Hisp. primog. lib.* 4. *cap.* 8. *num.* 3. & 4. aunque no huviessen sido citados para dicho juizio dichos herederos; pues su Padre como legitimo administrador tambien representò la persona, y derecho de los susodichos en el referido litigio.

48. La tercera se funda en vna informacion de tres testigos, que hizo el dicho Don Diego despues de la muerte de su Padre, para efecto de tomar la possession de los bienes de el vinculo de Doña Vrsola Ramon de Salazar su Abuela, y la agregacion de el Beneficiado su Tio, en que concluyen los testigos, que las dos heredades las posseyó Don Miguel por el tiempo de su vida, y desde que falleciò el Beneficiado su hermano como vinculadas; y aunque por la *ley* 41. *Taur. y* 1. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* se requiera, què la prueba de averse posseìdo los bienes como de mayorazgo sea immemorial; y *Anton. Gom. in ea num.* 1. *versic. quinta conclusio* diga *debere esse possessionem per tempus quadraginta annorum*; y *Aceved. in dict. leg.* 1. *num.* 19. *quod non sufficiat vnicus actus*; què se entiende que no aya sido vno el que tomò la possession de los bienes como de mayorazgo; esto es en otros terminos, no en los de el presente litigio, en que no puede aver sido la possession imme-

Se prueba la vinculacion por la possession de los bienes como de mayorazgo.

immemorial de que hablan las leyes de el Reyno, ni los quarenta años, que dize Antonio Gomez, ni los distintos actos, que refiere Azebedo ; pues consta muriò el dicho Beneficiado Don Diego de Velasco Mendieta el dia 23. de Diziembre de el año de 1681. y que se aprobò su disposicion el 21. de Março de el de 1685. Con que para que se verifiquen las de derecho en este corto tiempo basta la possession de D. Miguel justificada ; y con mas razon constando de el instrumento de la fundacion, que es el poder, y testamento que en su virtud se hizo ; pues quando se recurre à la prueba immemorial de posseerse los bienes como vinculados, y entra la question si han de ser los quarenta años, y distintos actos de posession, es quando no consta de la vinculacion, como lo expressan las mismas leyes de el Reyno, y Don Diego tiene à su favor instrumento, aprobacion judicial, possession, y finalmente la Executoria de la Sala de 26. de Octubre de 714.

49. *Executoria de la Sala que confirmò el Auto de el Teniente en que amparò à D. Diego de Velasco en la possession de los bienes, que se dizen agregados à el mayorazgo de Doña Vrsola.*

En que se confirmò el Auto de el Teniente de 5. de Septiembre de dicho año, en que mandò que sin embargo de la contradicion hecha por Doña Vrsola, y Doña Ana de Velasco Mendieta, Don Luis, y D. Juan de Velasco Mendieta hermanos, y Tomàs de Andrade defensor por el dicho Don Miguel de Uelasco Mendieta ausente, como tales hijos, y herederos de los dichos Don Miguel Gomez de Velasco Mendieta Padre, y Beneficiado D. Diego de Velasco Mendieta su Tio se lleve à pura, y debida execucion el Auto por su merced proveìdo en estos el dia 14. de Março passado de este año, y que en su consequencia se ampare al dicho Don Diego de Velasco Mendieta Cavallero de Cabrera en la possession, que se le diò, y tomò de los bienes de el mayorazgo fundado por la dicha Doña Vrsola Ramon de Salazar, y de los à èl agregados por el Beneficiado Don Diego de Velasco Mendieta su Abuela, y Tio, y reservò su derecho à salvo à las partes Doña Vrsola, Doña Ana, D. Juan, D. Luis de Velasco Mendieta, y à la de el dicho defensor por el referido Don miguel ausente, para que sobre sus pre-

ten-

tensiones que han deducido pidan, y sigan su justicia quando, y como vieren que les convenga, con que la dicha reserva sea pàra que en el juicio possessorio plenario, ò en el de la propriedad vsen de su derecho como les convenga, y se mandaron debolver los autos al dicho Teniente.

§. V.

50. NO se duda de la decission de el §. *posteriore quoquè testamento*, y que el testador puede mudar su voluntad, y tiene facultad para ello hasta el fin de su vida, como lo dize el Consulto Ulpiano en la *ley* 4. *citada de adimend. legat.* pero esto se entiende como lo dize el dicho §. ibi: *Posteriore quoque testamento, quod iure perfectum est superius rumpitur.* Y la posterior voluntad, que quiere Don Diego de Velasco valga para que subsista la vinculacion *non est iure perfecta*, segun lo probado en hecho, y derecho en el §. 3. y asi no es presumible mudasse de la primer voluntad, *id est*, de aquella en que instituyò à Don Miguel su hermano, y à sus hijos *simul* (como en su lugar se fundarà) demas de que el §. *posteriore* habla en disposiciones contenidas en distintos instrumentos, ibi: *Posteriore quoque testament. rumpitur primum*; que tiene mas lugar la presumpcion de mudança de voluntad, y assi no es adaptable al caso la *ley* 4. *ff. de adim. legat.* porque se niega que el Beneficiado Don Diego tuviesse deliberada voluntad de disponer otra cosa, que lo que contiene la institucion, como constarà mas de lo que se irà deduciendo para satis facer á la primera alegacion de la otra parte contenida en el §. antecedente.

En el caso presente no se verifica la disposicion de derecho de que la disposicion posterior revoca la anterior.

51. Và expressado que para que la clausula posterior sea revocatoria, es preciso sea en instrumento à parte, y con intervalo de tiempo *quia aliàs non præsumitur testatorem mutasse voluntatem*, ni que quisiesse corregir la primera. *Roj. de incomp.* 1. *part. cap.* 10. hablando de las incompatibilidades, y contrariedades que contienen las disposiciones num. 37. ibi: Advertendum denique est, quod non loquimur de diversis conditioni-

bus,

bus, vel capitulis ex intervallo appositis, tunc enim novissima conditio expectatur leg. sub diversis 51. leg. quod traditũ 87. leg. non ad ea 88. ff. de condit. & demonst. sed de contrarijs, & perplexis conditionibus, vel vocationibus in continenti appositis in quibus correctio non præsumitur dict. leg. non ad ea versic. quod si pure & ibi gloss. verbo præsens; & in part. 4. cap. 5. num. 24. ibi: Extendas vltimo seu declara, quod licet correctio incontinenti vitanda sit, quia corrigere se incontinenti nemo velle præsumitur, maxime in vna, & eadem dispositione dict. leg. non ad ea; attamen secus erit ex intervallo nam posteriora derogant prioribus, & sic statur vltimæ dispositioni incompatibili. De que se prueba, que para que la regla que la otra parte alega en su favor de que como posterior el otrosi, que contiene la vinculacion se ha de estàr à èl, y se ha de tener por revocada la anterior disposicion, era preciso fuesse en otro testamento, ò poder, que huviesse otorgado el Beneficiado Don Diego, y con intervalo de tiempo, para que se pudiesse considerar tuvo animo de revocar la disposicion perfecta antes executada à favor no solo de su hermano, y su hijo Primogenito, sino tambien de todos sus sobrinos *simul*, y que es mas arreglada à la mente de el testador, y disposiciones de derecho.

52. *lo que consta de el pleyto de el cumplimiento del testamento de el Beneficiado D. Diego de Velasco Mendieta.*

De el mismo modo que quiere D. Diego de Velasco Mendieta fundar la segunda alegacion, que ha hecho en el pleyto, y se contiene en el §. antec. num. 46. en el hecho que consta de el de el cumplimiento de el testamento de el Beneficiado su Tio, lo hazen sus hermanos para excluirla, y que la aprobacion, que contiene por el mismo hecho, y disposicion de derecho no les puede perjudicar; para que es preciso hazer alguna mencion de èl. Presentòse el testamento executado por Don Miguel de Velasco Commissario con insercion de el poder, è institucion de heredero, que hizo agregando al vinculo de su madre el residuo de el caudal como và dicho; y al fol. 144. se halla vna relacion jurada de el susodicho diziendo que es para reconocer el estado de los bienes, y lo que

se

ſe avia de incorporar, y agregar al vinculo; en ella ſe haze cargo de lo que avia recebido de el caudal, y pone por data lo gaſtado, y ſaca de alcance à ſu favor 4U532. reales, y 12. mrs. lo firma, y jura pone la fecha, y à continuacion ſin eſta ſolemnidad haze memoria de lo que ſe ha de agregar al vinculo en que entran las dos haziendas, y otros efectos.

53. La qual quenta ſe preſentò el dia 10. de Março de el año de 1685. mas de tres deſpues de la muerte de el teſtador concluyendo ſe declaraſſe aver cumplido con el Albaceazgo, y que eſtaba llano à otorgar eſcriptura, ò el inſtrumento, que conviniesse de agregacion al mayorazgo, y con reſerva de poder vender la heredad de el Palmar; de que ſe diò traslado al dicho Fiſcal de la Real Juſticia, y Juan de Ribas en ſu nombre, *y ſin que coſtaſſe de poder* dixo, que atento à eſtàr cumplido el teſtamento en quanto â Miſſas, y legados pios, que es lo que tocaba reconocer, no ſe le ofrecia nada que dezir, *y que en quanto al vinculo, que ſe avia de fundar no era parte*; y ſin otra ſubſtanciacion, ni citacion ſe mandaron traer los Autos, y el miſmo dia 21. de Março de 1685. que preſentò Juan de Ribas el pedimento por el Fiſcal, ſe declarò por cumplido el teſtamento en quanto à Miſſas, y legados pios, y tambien en quanto à la agregacion al vinculo *otorgandoſe por dicho Don Miguel eſcriptura de agregacion en conformidad de ſu allanamiento, y de la clauſula de el teſtamento de el dicho Don Diego.*

54. Baſtantemente ſe explicò Juan de Ribas, y abriò el camino para ſi ſe huviera querido proceder con formalidad, y no dexar tan defectuoſa la que ſe dize aprobacion de vinculacion, como lo demàs, con lo que dixo de no ſer parte por lo que toca al vinculo, que ſe trataba de fundar: y los que lo eran, è immemente intereſſados Don Miguel auſente, y demàs ſus hermanos, à quienes ſe perjudicaba quitandoles las cinco partes de ſiete, que les tocaba en las dos haziendas de campo, y demàs efectos, que ſe contenian en la memoria, que puſo à continuacion de ſu relacion jurada Don Miguel de Uelaſco Mendieta ſu Padre, eſto

de

de presente; porque de futuro tambien avian de adquirir la septima parte de dicho caudal, que á su Padre pertenecia como heredero instituìdo con sus hijos; y siendo assi la aprobacion de dicha agregacion de ningun perjuicio les puede aver servido para la accion, que aora, y desde luego que murió su Padre han deducido. *Parej. de instrum. edit. tit. 7. resol.* 2. tratando de la *ley* 4. *tit.* 17. *lib.*4. *Recop.* que dispone, que de las executorias de los Tribunales Superiores no se pueda alegar nulidad, aunque sea por qualquier razon que se dedugere *ex uum.* 19. ibi: *Verum his non obstantibus in decissione dictæ legis quartæ hanc nullitatem non fuisse comprehensam, nec lege aut statuto potuisse comprehendi certius credimus idque sequentibus fundamentis: primo nam iure attento constitutum apparet citationem necessariam esse in singulis actibus iuditij in quibus præiuditium irrogari potest, iuxta text. in leg. de vnoquoque, ff. de re iudic. leg. nam ita divus, ff. de adoption.* Y la razon de esta disposicion, y muy para el caso presente la diò Huberto citado por *Parej. dict. resol.* ibi: *Ad effectum, vt citatus valeat actui se opponere, & contradicere ratione sui interesse, & propterea requiritur citatio*: fundandolo, vno, y otro Autor en que es de derecho natural, y que de ningun modo puede perjudicar acto judicial à ninguno, que no fue citado.

Los actos judiciales (sin citacion de parte interesada, son nulos, y no le perjudican.

55. No se puede negar el interesse que tenian el ausente, y sus quatro hermanos à que las heredades fuesse caudal libre, pues en nada menos consiste, que en tener, ò no con que poderse mantener con la decencia correspondiente à su calidad, por el gran valor que ambas heredades tienen pues la de Fuertes solamente, se compone de 300. arançadas de olivar: y quando Juan de Ribas no lo huviera advertido dandole motivo al Juez Ordinario, que con tan poca reflexion, y atropellamiento procediò en materia tan grave, tenia à la vista Don Miguel otro exemplar muy fresco, y que consta de los Autos sobre la possession de los bienes de el mayorazgo, que fundò Doña Vrsola Ramon de Salazar su Madre, que andan con los de este litigio de que se harà relacion en la vista, y en que se inserta la parti-

Autos sobre la posession de los bienes de el mayorazgo de Doña Vrsola Ramon de Salazar.

particion convencional, que hizieron todos los hermanos mayores de edad, y no tuvieron por bastante, por lo que tocò á agregar bienes al dicho mayorazgo de Doña Vrsola deslindarlos, y apearlos, la citacion de el dicho Don Miguel primer llamado à su succession, sino que se substanciò tambien con el immediato de el susodicho, que lo era Don Diego de Velasco con quien aora se sigue el pleyto, à quien se le nombrò por curador ad litem à Don Diego Cavallero de Cabrera su Tio con quien se substanciaron todos los dichos Autos; y para privar de vna herencia opulenta à todos sus hermanos, ni Don Miguel pidiò se les nombrasse curador ad litem à sus hijos, ni el Juez echó menos esta diligencia.

56. Aqui vienen bien las palabras de *Parej. dict. resol. 2. num. 27. At verò in eo, qui præsens, & saluus incedit litem prosequendo malitioseque, aut per imperitiam non citatur in actu tam præiuditiali qualis est ad dicendum contra iura producta, valde inhumanum esset, vt nullitas ex hac omissione causata per legem, aut statutum tolli posset, & sententia adversus indefensum lata non esset retractanda.* Motivo dà à discurrir, que ni quien pretendia las haziendas como vinculadas, ni el Juez, que tratò de darselas poniendo de su parte lo que estuvo no querrian que huviesse quien alegasse, y dedugesse lo que contra la vinculacion podia aver, que esto solo es bastante para que dicha determinacion no pueda causar el menor perjuicio à Don Miguel ausente, y sus hermanos, ni aprovecharse de ella Don Diego de Velasco para esforçar la agregacion, que pretende à su mayorazgo, como latamente lo funda el *señor Don Luis de Molin. Hisp. prim. lib. 4. cap. 8. ex num. 7.*

57. Otro grave defecto contiene la pretensa vinculacion (aunque por algun medio se pudiera considerar legitimo el juicio, y auto de aprobacion) deducido de el mismo allanamiento de Don Miguel Gomez de Velasco Mendieta Commissario, y vnico Albazea, y de el referido auto de aprobacion; ibi : *Y tambien en quanto a la agregacion al vinculo de Doña Vrsola Ramon de Salazar otorgandose por dicho Don Miguel escriptura*

de agregacion, &c. De que resulta ser dicha aprobacion condicional, y que en tanto pudiera valerse, y aprovecharle à dicho Don Diego el auto , que à su favor alega en quanto su Padre huviera otorgado la escriptura que se le mandò, y à que se obligò por el pedimento. *D. Vela disert.* 7. *num.* 53. ibi: *Pueda administrar en entrando en los diez y ocho años su hazienda verbum enim illud en entrando est gerundum futuri temporis idem importans, quod si intraverit, atque adeo conditionem, & formam præcisse observandam inducens leg. si tu ex parte* 75. *aliàs* 76. *§. item si tu, ff. de adquir. hæred. D. Castill. lib.* 4. *contr. capit.* 58. *per tot. & præcipue num.* 28. *&* 29. Y desde el año de 685. hasta el de 713. que muriò dicho Don Miguel tuvo muy bastante tiempo para aver otorgado dicha escriptura de agregacion, y cumplido la condicion, para que el auto quando no tuviera los demàs efectos pudiera aprovechar à Don Diego; y el no averlo hecho quizás seria de cuydado en la inteligencia que se deduce de lo hasta aqui dicho de que dichas haziendas no eran vinculadas. De todo lo qual resulta, que aunque la cosa juzgada obste , y contra ella no se puedan oponer los herederos de la persona con quien se substanciò segun los lugares citados num. 46. y 47. se entiende en lo juzgado con toda formalidad, y con citacion de partes legitimamente interessados, y à quienes se trata de perjudicar, que todo faltò en el auto de aprobacion de dicha vinculacion. Y para mas prueba de el perjuicio de Don Miguel ausente, y sus hermanos, ni aun los 4U532. reales, y 12. mrs. de el alcance que su Padre le hizo en la quenta contra el caudal de su hermano consta lo cobrasse, ni otros efectos contenidos en la memoria à continuacion de la relacion jurada, que avian de ser tambien para la agregacion, que estèn inclusos en ella; con què solo para las haziendas en que podian los litigantes fundar su manutencion à avido vinculacion ; con la advertencia tambien de que la de el Palmar avia de servir para labrar molino, y almacen en la de Fuertes, y se halla con el augmento de esta pieza , que le dà màs valor, y tambien con la heredad , y no consta , ni

ay por donde poderlo inferir, que se labrasse con caudal de el dicho Beneficiado Don Diego de Velasco Mendieta; y si fue con el de Don Miguel mayor perjuicio de sus hijos, y mas prueba de el concepto que tenia de vincular.

58. Los testigos de que se compone la informacion para justificar que Don Miguel Gomez de Velasco Mendieta posseyò las haziendas como vinculadas, demàs de los defectos, que se les han opuesto de ser vno el apoderado para el pleyto, y que ninguno tuvo comercio, ni comunicacion con el susodicho, no tienen en que fundarse; porque aunque es verdad posseyò Don Miguel las haziendas, tenia para ello el titulo de heredero de su hermano por lo que assi tocaba, y como Padre, y legitimo administrador de sus hijos por las partes que les pertenecieron por la institucion; con lo qual tuvieron bastante motivo para dezir que posseyò, pero no para que fue como vinculadas las haziendas; que lo probaran si despues de el dicho auto de aprobacion huviera Don Miguel representando la personalidad de posseedor de el vinculo, y mayorazgo, pedido la possession Real, y actual de dichas haziendas, y dadosele judicialmente, que tal no hizo; que junta esta circunstancia, y la de no aver otorgado la escriptura de agregacion con las demàs que en este informe se contienen, y constan de los autos, persuaden que Don Miguel queria vincular, y no se atreviò à perficionarlo por el immediato perjuicio de sus hijos; y quando no estuviesse cierto, que la voluntad de el Beneficiado su hermano fue contraria, al menos persuaden estas circunstancias estaba summamente dudoso en ello; y esto basta, para que excluido el otrosi se aya de estàr à la institucion de herederos *simul* como en el §.siguiente con claridad se probarà.

59. Aun resulta de los autos otra circunstancia para persuadir mas lo que và dicho en el num. anteced. y es: que Doña Vrsola Ramon de Salazar fundò mayorazgo con facultad Real en dicho Don Miguel Gomez de Velasco Mendieta su hijo, y su descendencia, &c.

se

ſe le adjudicaron diferentes caſas en eſta Ciudad , y otros bienes ; hecho eſto, aprobada la particion tambien con la formalidad que ſe ha dicho ſe ſubſtanciaron con el immediato ſucceſſor,y el curador ad litem, que ſe le nombrò , no ſolo paſſó à tomar poſſeſſion judicial de dichos bienes D. Miguel de Velaſco como ſuceſſor, y primer llamado à el mayorazgo, ſino à que ſe apeaſſen todas las caſas adjudicadas para reconocer de que ſe componian, y todos los poſſeedores de dicho mayorazgo no tuvieſſen en adelante litigios ſobre lo que à cada caſa le pertenecia; y todas eſtas formalidades ſe executaron, porque la fundacion de Doña Vrſola fue legitima (excepto en aquellas coſas, que agregò al mayorazgo ſin ſer ſuyas, ni pertenecerle) precediendo facultad Real, y ſeparando à cada vno de los otros hijos porcion de 12ꝟ. ducados, en que conſiſtieron ſus legitimas maternas; y como la que ſe dixo agregacion no tenia fundamento, y la convencìa lo expreſſo de la inſtitucion de herederos de el dicho Beneficiado, ni ſe otorgò la eſcriptura de agregacion, ni ſe tomò poſſeſſion, ni ſe apearon las haziendas, ni reconocieron de que ſe componian para claridad en adelante, y que los poſſeedores ſupieſſen lo que avian de poſſeer.

60. El hecho miſmo excluye la tercera alegacion de la otra parte, y la diſpoſicion de derecho en que la ha querido fundar. El *ſeñor Molin. de Hiſp. primog. lib. 2. cap. 6.* tratando de las *leyes* 41. *Taur.* y ſu concordante de la recopilacion *ex num.* 24. ibi: *Sed an ſufficiat quod vnicus tantum actus ſucceſſionis primogeniti in tempore, quod ex dict. leg.* 41. *Taur. an binus ſaltem actus neceſſarius ſit controverti ſolet, imò duo actus juditiales neceſſarij ſunt vt conſuetudo introducatur leg.* 5. *tit.* 2. *part.* 1. ibi: *Si en eſte tiempo miſmo fueren dados conſejeramente dos juizios por ella:* notenſe las palabras *duo actus juditiales neceſſarij ſunt* de eſte lugar para prueba de que la poſſeſſion que alega Don Diego de Velaſco de nada le aprovecha, pues la de ſu Padre no fuè judicial, y la ſuya es la que ha dado cauſa à eſte litigio, que para nada es de atender, ni cauſa perjuicio al que la contradize

dize. *Roj. de incomp. part. 5. cap. 5. num.* 10. *Fontanella de pact. clausul. 7. tom. 2. gloss. 3. part.* 10. *num.* 56. *&* 57. *Noguer. alleg.* 25. *num.* 192.

61. Resta satisfacer á la Executoria de la Sala, que se expressa en el num. 49. que de ningun modo obsta en este juicio de propriedad, en que se trata se declaren bienes libres las heredades, y partibles con sus frutos entre los herederos de Don Diego de Velasco Mendieta adjudicandoles como tales las cinco pattes de siete, y como herederos de su Padre las cinco sextas partes de la septima, que fue vnicamente lo que le tocò al dicho Don Miguel en la institucion de herederos de el poder para testar, por diferentes medios: el primero porque el juicio, que alli se tratò, y sobre que cayò la executoria fue brevissimo, y summario sobre la possession Real, y actual, que pretendiò Don Diego de Velasco Mendieta de los bienes de el mayorazgo de Doña Ursola su Abuela inclusos en èl los de el Beneficiado Don Diego de Velasco su Tio, como agregados, suponiendo aversele transferido la possession civil, y natural por ministerio de la ley 45. de Toro, y sus concordantes, para cuya immistion no se toma mas conocimiento de causa que reconocer la escriptura de la fundacion de el mayorazgo en que se funda quien pretende la possession; que muriò el que se dezia estàr en ella, y que le toca como Primogenito al que la pretende; al modo de el que intenta la hereditaria *ex leg. fin. Cod. de edict. D. Adrian. toll. leg. 3. tit.* 13. *lib. 4. Recop.* cuyo remedio les compete tambien à los successores en los mayorazgos para adquirir la possession de sus bienes *D. Castill. lib. 3. controv. cap.* 24. *ex num.* 25. *D. Molin. de Hisp. primog. lib. 3. cap.* 13. *num.* 2. *& seqq. Ant. Gom. in dict. leg. 45. Taur. ex num.* 118. y que para dicha possession solo se requiere lo referido *Aceb. in dict. leg. 3. ex num. 5.*

62. El segundo, que en el juicio summario de possession no se permite largo conocimiento de causa sobre la proptiedad de los bienes al vinculo, ò à otro tercero, que pretenda tocarle, que todo se reserva para el de la propriedad, poniendo en possession al que la pide

 en

en virtud de el instrumento en que la funda. *Paz de tenut. 1. part. cap. 6. ex num. 17.* ibi: *Rursus animadverto quamvis in hoc possessorio remedio connexa sit proprietas non tamen de ea requiri adeo exactam, & completam probationem, & cognitionem, sicut si de illa principaliter tractaretur; nam ex prædicto iuditio possessorio non infertur plenum præiuditium, sed reparabile in iuditio proprietatis, & ideo illa tantum cognitio desideratur, quæ sufficiens sit ad iuditium possessionis, non verò ea, qua esset opus si super proprietate esset sententia ferenda.* Para que le bastò à Don Diego de Velasco el dicho otrosi, y agregacion por modo de institucion de herencia, que su Padre hizo en el testamento, que como Commissario otorgò; y por esta razon se le denegò à Don Miguel ausente, y sus hermanos la prueba, que pidieron en dicho juicio en la instancia que se siguiò en la Real Audiencia, ibi: *Dixeron que sin embargo de la dicha prueba confirmaban, y confirmaron el citado Auto de el dicho Teniente, &c.* respecto de que pertenecia al juicio de propriedad, que aora se trata. Y finalmente en dicha executoria se halla reservado el derecho de los susodichos para èl, ibi: *Con que la reserva, que por èl se hizo à los hermanos de el dicho Don Diego de Velasco Mendieta, y defensor de ausentes sea para que en el juicio possessorio plenario, ò en el de la propriedad vsen de su derecho como les convenga*; con que de ningun modo les puede obstar dicha executoria para que se declaren bienes libres, y partibles las heredades con sus frutos.

§. VI.

63. HAsta aqui se ha tratado de excluir la vinculacion contenida en el otrosi del poder del Beneficiado D. Diego por diferentes medios, pero el mas principal por el defecto de la memoria à que en ella se remitiò, y falta fundar, que la institucion de herederos à su hermano, y sobrinos *simul* es la que debe subsistir, y siendo assi las heredades, y sus frutos seràn bienes libres, y partibles, que es en lo que concluye la demanda de el ausente, y sus hermanos; y desde luego

parece

parece se ofrece, que quanto se ha dicho, y fundado, para que no valga la fundacion de el vinculo destruye la institucion antecedente, porque en ella ay la misma remission â la memoria num. 5. ibi: *Y dicha herencia la hà de aver mi hermano, y dichos sus hijos mis sobrinos en la forma, y segun se contiene, y declara en vna memoria, que se hallarà entre mis papeles firmada de mi nombre*; y si el defecto de este instrumento relato anula la institucion de heredero, como vinculo el mismo efecto obrarà como libre.

64. Aun se esfuerça esto mismo de otro medio que se ha tratado de fundar en este papel §. 1. num. 18. y es: que las dos clausulas de institucion libre, y vinculada contienen en si precissa contrariedad, è incompatibilidad *taliter*, que no se pueden componer, ni convenir, porque, ò ha de ser libre la herencia de el Beneficiado Don Diego de Uelasco Mendieta para su hermano, y sobrinos, ò ha de ser vinculada para su hermano, su hijo Primogenito, su linea, y descendencia, sin que puedan tener nada en ella los demàs hijos. Y en estos terminos es disposicion de derecho, que ni vna, ni otra debe valer *Roj. de incomp. part. 4. cap. 5. num.* 25. ibi: *Si conditiones, seu dispositiones perplexæ, sive incompatibiles ad concordiam reduci non valeant, aut disolvi non possunt; tunc vitiant actum, & neutri attenditur, quia sunt incompatibiles ratione perplexitatis; imputet sibi institutor, qui voluit facere perplexitatem text. in leg. si Titius* 16. *ff. de conditionibus inst. & in leg. qui solvendo* 42. *cum sequenti de hæred. inst. & in leg. sub diversis* 51. *ff. de cond. & demonst. & in leg. 5. tit. 4. part. 6.* Y assi resulta que por la clausula de institucion nada pueden pretender el ausente, y sus hermanos.

Las disposiciones contrarias, que no se pueden convenir, ni componer son nulas.

65. Y para probar que à dicha institucion de hermano, y sobrinos no obsta el defecto de memoria, ni la contrariedad, è incompatibilidad q̃ con efecto contienen dichas dos clausulas, que es evidente, y lo persuaden de mas de lo dicho el lugar de *Roj.* citado 1. *part. cap.* 10. *num.* 27. ibi: *Perplexitas est quidam terminus reddens actum nullum ex necessitate, vt quando duæ vel plures insurgunt dispositiones, & vna dextruit alteram, & mutuo*

se

se impediunt; se ha de considerar, que aunque dicha institucion contiene remision à memoria como la de el otrosi, no le haze falta alguna por contener vna disposicion clara, perfecta, y de que se induze qual fuè el concepto de el testador, que es el caso de las limitaciones de la *authent. Si quis in aliquo documento* como se prueba §. 3. ex num. 27. y fue tambien disposicion executada por el que tenia facultad de disponer de su caudal *tam in instrumento referenti, quam in relato*; y se verifican todas las disposiciones de derecho citadas *ex dict. num.* 27. y por ellas subsiste la institucion de heredero de hermano, y sobrinos de el testador, *simul.*

La institucion de hermano, y sobrinos es perfecta, y clara disposicion.

66. Y aunque se concediera, y no se haze que la posterior disposicion, y otrosi es perfecta por poder el dicho Beneficiado, y tener facultad para disponer de su caudal dexandolo libre, ò vinculado, pues ninguna obligacion *ex iure* le asistia para atender à sus sobrinos dexandoles el caudal; demas de que por ser *incontinenti* no se entiende revocada la anterior disposicion por esta posterior como està probado num. 51. ay otro fundamento para no deber ser atendida esta posterior en perjuicio de la anterior, y es, que por ser clara, y perfecta la primera, se entiende erronea, y tal se debe considerar fundalo assi *Fontanell. de pact. nupt. claus.* 7. *gloss.* 2. *part.* 3. *num.* 63. habla de dos clausulas contrarias, è incompatibles en vna misma disposicion, y pregunta si se aya de estàr à la primera, ô à la posterior como revocatoria de la antecedente, y resuelve ibi: *Dicamus cum Becio in citat. consil.* 20. *num.* 21. *vers. tertio dico, & Rimin cons.* 383. *num.* 32. *& seqq. Vbi videtur loqui infortioribus terminis, quod cum clausula prædicta toties repetita, & principaliter expressa ad faciendas suas liberas voluntates non possit stare cum clausula pro collocandis reliquis liberis; ideo videtur hæc vltima per errorem posita, & pro tali esset habenda*; y el error con que el Beneficiado Don Diego hizo poner esta clausula consistiò en juzgar que assi lo contenia la memoria, y que ita fuesse lo prueba la antecedente clausula dispuesta con premeditacion, y perfecta capacidad, contener el

el testamento, que otorgô Don Miguel Gomez de Velasco Mendieta su hermano Commissario legados tan considerables, que no pudiera hazer en perjuicio de la institucion, ò ya como libre, ò vinculada, sino es aviendole dexado poder para ello, que tal no contiene el dicho poder, como consta de la clausula num. 4. que es la vnica, en que se pudiera fundar el Commissario para hazer estos legados; y assi es precisso, que pues los executò los contuviesse la memoria. *Carpio de executor. & Commissar. testam. lib. 2. cap.* 11. questiona con la *ley* 31. *Taur.* si el Commissario en virtud de el poder que le dà el testador para otorgar el testamento pueda hazer legados, y disposiciones particulares; y con la ley *non nunquam* 51. *de cond. & demonst.* ibi: *Nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest*, & 11. *tit.* 13. *part.* 6. ibi: *Esto es, porque el establecimiento de el heredero, y de las mandas non debe ser puesto en el advitrio de otre*, & *cum leg.* 29. *tit.* 9. *dict. part.* 6. ibi: *Non valdria tal manda porque es fecha à vno, é es puesta señaladamente en advitrio de otre, è por ende digeron los sabios antiguos, que las mandas, è los establecimientos de los herederos deben ser fechos segun su voluntad de el facedor de el testamento, è non deben ser puestas en juicio è en placer de otre*; concluye que no se puede cometer en la voluntad de el Commissario los legados; y aunque por la *ley* 31. *Taur.* se expressan las cosas, que deba hazer especialmente el testador mandante para que subsista la disposicion de el Commissario, y en las palabras, *y en quanto á las otras cosas* resuelvan los Autores se comprehende la facultad de poder legar, dize *Carpio num.* 20. *versic. verum.* ibi: *Verum non obstantibus dict. leg. for. & dict. leg.* 31. *Taur. existimo recedendum non esse à prædicta iuris communis dispositione nempe quod legatum in tertij voluntatem inutile sit, seu conferri adhuc quaquam valeat, nec circa hoc immutatum seu alteratum esse his duabus legis Regijs*: y esto es, y se entiende quando el testador en el poder diò facultad al Commissario para hazer legados sin expressar cantidades, ni personas de los legatarios: *dict. leg.* 31. *Taur.* ibi: *Y en quanto à las otras cosas señalando para que le dà el poder*: y en el de el

 Bene-

Beneficiado Don Diego tal facultad no se halla, pues no ay otra cosa, que lo que consta en el num. 4. *in fine*, ibi: *Y para que pueda hazer, y haga todas las declarationes que convinieren assi en mi favor, como en el suyo, y de otras personas segun se lo he comunicado*; en que no se encuentra facultad de legar, y assi los que dispuso Don Miguel en el testamento los sacò de la memoria, y por no aver parecido es prueba (como tambien vá fundado) de que no contenia vinculacion, y remitiendose à la memoria para ella el testador es patente el error para que no subsista sin que haga falta en este caso el *toties repetita* de el lugar de Fontanell. porque es en terminos de que no aya otras cosas como en el presente, que destruyan la posterior clausula, que entonces es precisso la repeticion de la primera.

67. Y tiene tanta fuerça el error con que se haze la vltima disposicion, para que no pueda en perjuicio de la primera obrar efecto alguno, que aunque sea en testamentos distintos con diversas instituciones sucede lo mismo; pruebalo la *ley fin. ff. de hæred. inst.* (que no tuvo presente Fontanela) la especie es, Ticio instituyò heredero en su testamento à Sempronio, y despues en otro, movido de el error de juzgar, que Sempronio era muerto, instituyò à Cayo, y muriò con estas disposiciones; Sempronio pretendiò la herencia en virtud de el primero, Cayo de el segundo por ser posterior, que revoca el primero, y sin embargo resuelve el Consulto, que este es el que vale, y debe subsistir; no por otra razon, que porque le movió al testador vn error para apartarse de lo que primero avia dispuesto: con q̃ en el caso presente la primera institucion como perfecta, y clara, es la que vale, y no la segunda por el error con que se considera hecha.

68. Se esfuerça esto mas con otra disposicion, y es; no presumirse que incontinenti mudasse de voluntad el testador, como ya num. 51. se ha tocado, y se prueba mas de otro lugar. *Roj. de incomp. 4. part. cap. 5. num. 24.* ibi: *Quod licet correctio incontinenti vitanda sit, quia corrigere se incontinenti nemo velle præsumitur maxime in vna eademque dispositione leg. non ad ea 88. ff. de cond. & demonst.*

demonst. attamen secus erit si ex intervallo, nam posteriora derogant prioribus, & sic statur vltimæ dispositioni incompatibili. Y que esto de no presumirse mudar de voluntad *incontinenti* sea para que subsista la primera, y no la segunda disposicion lo prueba el dicho lugar, y mas claramente el de *Castill. lib. 4. contr. cap. 37.* donde trata latamente de que no se presume mudança de voluntad en el testador *& num 17.* ibi: *Quod mutatio voluntatis non præsumatur locum habere multo magis quando nullum, aut modicum datur intervallum inter vnam eandemque dispositionem; quia non est præsumendum, quod testator voluit statim à priori voluntate recedere, neque incontinenti se ipsum corrigere, atque ita ab ea non videtur recessum*: hallase verificado en el poder para testar de el dicho D. Diego de Velasco el *modicum, aut nullum intervallum*, porque consta que immediatamente, que instituyò herederos à su hermano, y sobrinos se puso la fecha de el instrumento, y testigos, con que quedò perfecta la disposicion, y se sigue el otrosi de la pretensa vinculacion; con que tambien se debe verificar *quod non est præsumendum quod testator voluit se statim à priori voluntate recedere, neque incontinenti seipsum corrigere atque ita ab ea, id est, prima dispositione non videtur recessum.*

69. Y concluye el señor Castillo al num. citado 17. con estas palabras: *Suspectum esse testem de subita mutatione voluntatis deponentem*; y dandose vna misma razon en el testigo, que en el instrumento, *Parej. de instr. edit. tit. 1. resol. 2. num. 11. & 12. cap. pervenit de testibus*, si fuera sospechoso el testigo que de semejante mudança de voluntad depusiera, de el mismo modo lo es tambien el otrosi con que se quiere probar tan repentina voluntad en el Beneficiado Don Diego de Velasco Mendieta de hazer vinculado, lo que poco antes libre Pruebalo claramente el *text. in dict. leg. non ad ea 88. in versic. quod si pure*, que es donde la citan Rojas, y el señor Castillo, la especie es: Ticio en su testamento legò à Cayo ciento *pure, y incontinenti*, que assi lo dize el Consulto, ibi: *Et incontinenti erit sub conditione damnatus, aut rogatus est*, le legò los mismos ciento sub

con-

conditione; preguntà el Consulto si se entienda el legado pure, ò condicional, y resuelve que està en advitrio de el legatario pedirlo desde luego, ò aguardar el cumplimiento de la condicion; con que viene à resolver, que la condicion *incontinenti posita* à lo que antes avia dexado *pure* no le obsta al legatario, ni debe aguardar à que se purifique siendo su voluntad percebir desde luego el legado; y aunque esta especie es en terminos de legado se estiende à las instituciones, y en estas lo citan los Autores; y no obsta à la primera disposicion de el Beneficiado Don Diego lo que el mismo Consulto dize en el versiculo siguiente, y es, que si el testador hizo commemoracion en la posterior clausula de el legado contenido en la anterior se entiende revocado, ibi: *Nisi cum commemoratione superioris legati posterius scriptum fuerit*, porque la commemoracion que hizo el Beneficiado Don Diego de Velasco en el otrosi fue à la memoria que dixo contener la vinculacion, y si esta como và fundado, ò se ocultò, ò no contenia vinculacion, esta commemoracion de que habla el Consulto no se verifica en este caso, y se ha de estàr à la primera disposicion.

70. Porque como và fundado en los num. 29. y siguientes este otrosi, y disposicion en èl contenida, no fue puesta de voluntad de el testàdor, sino por la influencia, y coaccion de los que le assistian, y pretendian, con tanto anhelo, vinculacion *D. Castill. dict. lib. 4. cap.* 37. ya citado num. 24. dize, que es prueba de mudança de voluntad de el testador la contraria disposicion â la antecedente (y se supone, que esto se entiende, y assi lo dize el Autor *ex intervallo, & in instrumento separato*) & num. 26. ibi: *Aliud est si quacunque alia ex çausa prætermentem testatoris hoc contigerit*, que entonces subsiste la primer disposicion. *Idem Roj. dict. part.* 4. *cap.* 5. *num.* 7. *Aguil. addic. ad Roj. part.* 1. *cap.* 10. *num.* 14. y en el caso presente no solo ay para que no fue de voluntad de el testador la disposicion posterior contraria à la primera lo que en este numero và dicho, sino tambien juzgar con error, que la memoria contenia vinculacion.

Fun-

71. Fundado como hasta aqui se ha hecho en este §. que el defecto de la memoria no haze falta para que subsista la institucion principal de el poder para testar à Don Miguel de Velasco Mendieta, y sus hijos, hermano, y sobrinos de el testador, se probarà en adelante que la incompatibilidad, y contrariedad de las clausulas, y disposiciones no anula, ni destruye la dicha institucion, porque los textos en la *ley Titius* 16. *de conditionibus inst.* y los demás citados num. 64. y otros, que anulan la disposicion por la contrariedad, è incompatibilidad, y el lugar de Rojas, hablan en terminos de incompatibilidad tal, que pone tan dudosa la voluntad de el testador, que no se puede conocer qual fuesse su mente, è intencion *dict. leg.* 16. ibi: *Si Titius hæres erit Seius hæres esto: si Seius hæres erit Titius hæres esto: Julianus inutilem esse institutionem scribit cum conditio existere non possit. Idem in leg. duo sunt Titij* 30. *ff. de testam. tutel.* ibi: *Nec apparet de quo sensit testator; & sic similiter in cæteris.*

La incompatibilidad, y contrariedad delas clausulas de el poder para testar no anula la institucion de hermano, y sobrinos.

72. Pero si pudiere constar qual de las disposiciones contrarias, y perplexas fue mas de la mente, è intencion de el testador esta es la que debe subsistir, y despreciarse las demàs *D. Castill. lib.* 3. *contr. cap.* 10. *ex num.* 21. pone vn caso muy parecido al de el pleyto; ibi: *Testator namque voluit duo simul, quorum vnum cum altero evidentem contradictionem habebat, vt in casu præsenti, quo is, qui bona propria libera addidit, voluit illa simul cum bonis antiqui maioratus ad successores pervenire, & simul contrarias, aut repugnantes conditiones apposuit*: que es lo mismo, que el Beneficiado Don Diego de Velasco Mendieta executò en èl poder para testar, y con este lugar se prueba mas el contenido de el num. 18. para excluir la alegacion, que por Don Diego de Velasco Mendieta se ha hecho de que en si dichas clausulas no tienen contrariedad, ni oposicion, sino que la vna es explicativa de la otra; y concluye el *señor Castill.* ibi: *Nihilominus fundat Mandellus perplexitatem in casu illo non vitiare, sed dissoluendam esse secundum verisimilem mentem testatoris; & inter alia eo præcipue excitatur fundamento, quod perplexitas soleat vitiare dispositionem,*

tionem, quando nullo probabili modo potest dissolui; secus autem si dissolui possit aliquo modo. Con que constando de lo fundado en el discurso de este informe que lo mas verisimil, y segun la mente de el Beneficiado Don Diego de Velasco fue la institucion de hermano, y sobrinos *simul*, la oposicion, y perplexidad, que contra esto resultò de el otrosi no le puede obstar, y se ha de estar à la primera disposicion, y la vltima es la que ninguna subsistencia tiene, ni se le puede dàr estimacion.

73. *Rojas dict. cap. 5.* refiere varios modos de componer la contrariedad, y oposicion de las clausulas en vna misma disposicion para que no la anulen, y aya de subsistir la vna; y lo que mas haze al caso presente, y prueba lo hasta aqui dicho es lo que dize al num. 17. ibi: *Octavo extende, seu declara; quando perplexitas cadit inter conditiones, seu dispositiones, quæ non sunt pari favore dignæ, sed vna sit digna maiori favore, quia tunc præfertur favorabilior leg. 20. ff. de reg. iur.* y que la institucion de hermano, y sobrinos sea mas favorable, que la vinculacion en el caso presente es evidente, porque en èl la vinculacion ès odiosa. La question vtrum la fundacion de mayorazgo sea favorable, ú odiosa, la toca el *señor Molin. lib. 1. de Hisp. primog. cap.* 18. y resuelve que es favorable, y especialmente en aquel que no tiene hijos, ni descendientes à quienes deba legitima, porque tiene advitrio, y facultad para disponer de su caudal como le pareciere; que no sucede al Padre, ò ascendiente, que debe no gravar à los hijos su legitima (excepto en el caso de obtener facultad Real, ò poner el gravamen en el tercio, y remaniente de el quinto) tambien questionò este punto el *señor Castill. lib. 5. contr. cap.* 145. donde ex num. 1. resuelve con muchos Autores, y textos, que es odiosa la fundacion de mayorazgo, & ex num. 16. que es favorable excepto en los casos, que limita para componer ambas opiniones, y explicar en los que es odioso, y favorable, y el que conviene con el nuestro es numero 21.

La disposicion mas favorable es la que subsiste entre las cōtrarias.

74. Ibi: *Tertia observatio, tertiusque casus sit quando in*

El mayorazgo, ó fideicommisso en caso que està dudoso, es odioso, y se deve restringir.

in aliquo casu particulari, sive dispositione aliqua particulari de fideicommisso ambigitur, quia clare, & manifeste non constat de eo, sed sumus in dubio: Et in hoc casu inquit Menoch. metipse dict. præsumpt. 77. num. 26. & 27. & dict. cons. 93. num. 5. lib. 4. Quod quando sumus in dubio an testator relinquerit, vel non relinquerit fideicommissum dicimus fideicommissum non præsumi, & non extare, & esse stricti iuris, & odiosum dicendum esse, cum sit onus, & gravamen. Hunc sane casum, eiusque resolutionem comprobant fundamenta illa omnia, quæ vt fideicommissum odiosum, & non favorabile censeri debeat ponderauit Pereg. de fideicom. art. 1. num. 23. Prætis post Marzarium in loco relato supra latius Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib. 7. tit. 1. ex num. 1. vsque ad 14. & in ipso casu defendi potest opinio eorum, qui scripserunt fideicommissa esse odiosa de quibus supra num. 15. & erudite in locis nunc relatis advertit Menochius. Concludentique ratione comprobatur; nam cum fideicommissum an sit odiosum, vel favorabile ex voluntate testatoris debeat principaliter deduci, atque regulari prout numer. præced. notaui, & voluntas testatoris de qua manifeste constet illud favorabile efficiat vt etiam numer. præced. observavi de voluntate non appareat, nec ex verbis, ac serie dispositionis colligi possit favor hic omnino cessabit, nec fideicommissum iudicari debeat favorabile, ex quo non agitur de observanda testatoris voluntate, cum de ea non appareat, de ea autem apparere necessarium omnino sit, idque Peregr. dict. art. 1. num. 26. per tot. & art. 11. num. 37. singulariter percepisse, atque attigisse videtur in his ipsis terminis, licet casum istum, & superiores non ita distinxerit: Prætis etiam lib. 3. interp. dubit. 1. resol. 3. num. 8. Vbi ex sententia aliorum multorum scripsit, quod quilibet proponens fideicommissum extare, id plene probare debet, & quod sumus in odiosis, dum agimus de fideicommisso inducendo: & vt conveniens, est, quid in esse educendum, dici odiosum, ita & eductum favorabile dici prout ibi comprobat, & idem notavit Ludouic. Cassan. in cons. 57. num. 48. & ego metipse tradidi supra hoc eodem tractatu cap. 9. num. 3. Petra quoque de fideicomm. quæst. 5. num. 125. Franc. Molinus de ritu nupt. & pact. matrim. lib. 3. quæst. 2. num. 86. & 87. & num. 95. Et ipsi concludunt, quod

quod fideicommissum alleganti, sive prætendenti, esse constitutum, onus probandi incumbit, quia sufficit reo dicere, nullum stare fideicommissum, & quod de eo substitutio, aut fideicommissum non loquitur: & late comprobat Molinus vbi supra ex num. 83. vsque ad num. 95. & num. 100. & seqq. vbi exornat. Menoch. etiam in cons. 85. num. 50. Vbi in materia fideicommissorum quatuor regulas proponit, quæ huic casui mirè conueniunt; iudicandum scilicet fideicommissum in dubio non stare. Secundo, in dubio pronuntiandum pro reo leg. Arrianus, ff. de oblig. & act. leg. qui accusare, Cod. de edend. Tertio in dubio iudicandum pro possessore, §. commodum. inst. de interd. Quarto, pronuntiandum bona esse libera, & non oneri, vel fideicnmmisso subiecta ex leg. altius, Cod. de servit.

75. Y assi no constando con evidencia, y toda claridad, que el Beneficiado Don Diego de Velasco quisiesse fundar vinculo, ò agregar su caudal al de Doña Vrsola Ramon de Salazar su Madre, antes si resultando esto tan dudoso de la misma clausula de el poder contenida en el otrosi, y de todo el conjunto de circunstancias, que vàn ponderadas, es odiosa esta vinculacion, y gravamen, que se le trata de imponer al caudal, y herencia de el dicho Beneficiado, y se debe restringir, y limitar esta disposicion para que valga, y subsista la primera institucion: y con mas razon teniendo à su favor la presuncion de derecho de que todos los bienes se presumen libres, y allodiales *D. Castill. lib. 4. contr. cap. 9. num. 1. D. Molin. lib. 1. cap. 11. num. 11.* por cuya razon, y para destruir esta presuncion, avia de aver hecho Don Diego de Velasco Cavallero vna relevantissima probança, de que el animo, voluntad, è intencion de el Beneficiado su Tio fue vincular el remaniente de su caudal *quilibet proponens fideicommissum extare id plene probare debet*, para que pudiera el otrosi con tantos defectos destruir, revocar, y anular vna disposicion como la contenida en la clausula antecedente, en que igualò à sus hermanos con dicho Don Diego, sin que aya por donde discurrir le tuviesse mas afeccion que à los susodichos.

76. Y tal probança no consta de el pleyto, si solo aver

arti-

Probança de Don Diego.

articulado el dicho Don Diego en vna de las preguntas de ſus interrogatorios, que preſentò en la inſtancia de viſta, en que ſe halla concluſo el pleyto, que en los teſtamentos, que por ante los Eſcrivanos Publicos de eſta Ciudad ſe otorgan, ſi deſpues de eſtar firmados tienen los teſtadores alguna coſa que advertir, ò añadir, lo hazen incontinenti à continuacion de dicho teſtamento, aunque eſte eſtè firmado de el Eſcrivano Publico, y teſtigos, y que eſto que añaden á continuacion de dicho teſtamento lo firma dicho Eſcrivano Publico, y demàs teſtigos de el teſtamento hallandoſe preſentes; y ſi ſele agrava la enfermedad al teſtador, por cuya razon no puede firmar eſto que añade, lo firma à ſu ruego vno de los teſtigos, y eſte es el eſtilo inconcuſo que ſe executa, y practica en eſta Ciudad ſin coſa en contrario en ſemejantes caſos; que lo afirman aſſi tres Eſcrivanos Publicos de el numero de eſta Ciudad à pedimento de el dicho Don Diego; y no teniendoſe por preciſſo el eſpecular la generalidad con que lo afirman à viſta de las circunſtancias de la pregunta, ſe omite: porque con dicho parecer, ò depoſiciones nada adelanta ſu intento Don Diego, pues la queſtion principalmente no conſiſte en ſi deſpues de acabado el teſtamento ſe pueda añadir alguna coſa, que al teſtador ſe le ofrezca, ſino en ſi fue de voluntad del dicho D. Diego el otroſi; y ſegun la remiſſion à memoria, y otras circunſtancias, revocar la anterior diſpoſicion, que conſiſte en derecho, y no en hecho de que puedan deponer los Eſcrivanos Publicos: demàs de que lo que dizen ſe podrà entender en alguna coſa menos ſubſtãcial de la diſpoſicion, no en la inſtitucion, que es lo principal de ella, y que tendria bien previſto el Beneficiado Don Diego para quando llegò el caſo de la inſtitucion de herederos à ſu hermano, y ſobrinos. Con que ni el defecto de la memoria haze falta para la ſubſiſtencia de dicha diſpoſicion, ni la contrariedad, è incompatibilidad que cauſa la de el otroſi la anula: y conſiguientemente eſta es la diſpoſicion legitima de el Beneficiado Don Diego, y por la qual en las

 ha-

haziendas adquirieron dominio, y propriedad el Veintiquatro Don Miguel Gomez de Velaſco, y todos ſus hijos.

§. VIJ.

77. CON lo probado en los §§. antecedentes ſe evidencia que la diſpoſicion de el Beneficiado Don Diego de Velaſco Mendieta que debe ſubſiſtir, es la inſtitucion de herederos à ſu hermano, y ſobrinos *ſimul*, y no la contenida en el otroſi: y deduciendoſe eſto de la mente, y voluntad de el teſtador, no es de el caſo, que ſu Commiſſario Don Miguel Gomez de Velaſco Mendieta en el teſtamento, que otorgò en virtud de el poder, inſtituyeſſe heredero al vinculo, y mayorazgo de Doña Vrſola Ramon de Salazar, mandando que el reſiduo de la herencia de el dicho Don Diego ſe agregaſſe à èl; porque el Commiſſario ſe debe arreglar à lo diſpueſto en el poder, ſin exceder de èl en coſa alguna por la regla *leg. diligenter, ff. mandati & 19. tit.4. part.3. Azeb. in leg.5. tit.4. lib.5. Recop.* en la palabra *extendiendoſe á mas*; ibi: *Ideo niſi ea teſtator expreſſerit non videntur contenta in commiſſione, & commiſſarius, qui talia faceret, cum ſibi expreſſe commiſſa non eſſent, excederet à commiſſione, & per conſequens nulla eſſent in contrarium acta*; y eſpecialmente en lo que toca à la inſtitucion de heredero, que eſta por ſi el Commiſſario no la puede diſponer, ni alterar, ſino arreglarſe preciſſamente al que inſtituyò el teſtador en el poder *leg.31. Taur. & 5. tit.4. lib.5. Recop. Ant. Gom. Aceb. & Matienz. in iliis*: y conteniendo el poder vna inſtitucion clara, perfecta, y deliberada à favor de el miſmo Commiſſario, y de todos ſus hijos, arreglada â eſta debiò hazer el teſtamento, y no al otroſi, que los miſmos defectos, que tiene para que por ſi no pueda ſubſiſtir, ni alterar la antecedente diſpoſicion, obran para que no pudieſſe, ni debieſſe arreglarſe à ella el Commiſſario: y con mas razon reſultando de eſto que toda la vtilidad de la herencia, que ſe avia de dividir *in*

La inſtitucion de heredero que hizo Don Miguel de Velaſco al vinculo de ſu Madre no ſubſiſte.

in capita entre el dicho Commissario, y sus seis hijos, la aplicò solo para si mientras viviesse, y despues para Don Diego su Primogenito; que es el caso en que no puede subsistir el hecho de el Commissario, sino es quando claramente, y sin la menor duda, ni controversia se halla expresso en el poder *Carpio de exec. & commiss. testam. lib. 2. cap. 19. num. 3. D. Molin. lib. 2. de Hisp. primog. cap. 4. num. 58. Petrus Surd. lib. 1. cons. 4. num. 39. D. Castill. lib. 4. contr. cap. 13. num. 10.*

78. Y assi aunque en el otrosi se contiene la agregacion al vinculo, es vna disposicion muy confusa, y con notables defectos de hecho, y de derecho, y como tal la debiò despreciar el Commissario *Cost. in cap. si pater de testam. 1. part. §. pauperes num.* 6. tratando de la decission de la *ley* 31. *Taur.* ibi: *Iuxta communem opinionem firma est institutio, quæ in omnem eventum certa, & rata esse debet & num.* 7. ibi: *Certe cum commissario, & potestas testandi pro alio, quam lex illa permittit, sit extraordinaria, & adversus communes iuris communis regulas, omnes interpretes ibidem agnoscunt, & est clarissimum, illius legis licentia non est adiubanda: sed ex quoad fieri possit restringenda*; prueba de que lo claro debe seguir el Commissario, y no lo dudoso, y controvertible: y con mas razon en el caso presente, en que con la institucion de heredero al vinculo de Doña Vrsola Ramon de Salazar destruyò absolutamente el Commissario la disposicion de institucion de hermano, y sobrinos simul D. Paz de tenut. cap. 34. num. 133.

79. No se queda solo la prueba de que Don Miguel de Velasco Mendieta Commissario de el Beneficiado su hermano vsó mal de el poder haziendo la institucion de heredero al vinculo, y mayorazgo de su Madre en las disposiciones de derecho hasta aqui citadas, sino tambien en las circunstáncias, que resultan de el hecho de el pleyto de el cumplimiento de el testamento, y particion de los bienes de el susodicho, que se ha de tener presente, y hazer relacion à la vista; en que consta que Doña Inès Patricia Cavallero Madre de Don Miguel de Velasco ausente, y sus hermanos diò poder al dicho su marido para que por ella otorgasse testa-

testamento, que no executò, y apremiado por censuras de el Juez Eclesiastico para el cumplimiento de èl, al cabo de vn año saliò en el Juzgado de testamentos diziendo no le avia comunicado otra cosa, que las Missas, que constaban de los recibos, que presentò con el poder, y vn real de limosna à las mandas forçosas, siendo assi, que en el poder ay clausula para que hiziesse las mandas pias, y graciosas, que le tenia comunicadas, y para que declarasse la dote que avia llevado al matrimonio, y el capital de el susodicho, y otras declaraciones, que le avia comunicado, y todo lo omitiò, y ni aun hizo el testamento siendo assi, que era muy precisso, y de vtilidad de sus hijos la declaracion de la dote, que consistia segun el instrumento de ella en vna merced de Abito estimada en 4U. ducados, y en su defecto la referida cantidad, y no se sabe si percibiò la dicha merced de Abito, y dispuso de ella, ò en su defecto recibiò los 4U. ducados, para que existiendo la dicha merced, la dispusiessen sus hijos, ô aviendo tomado los 4U. ducados tuviessen este credito contra el caudal de su Padre.

80. Y assimismo se componia de vna partida de juro de 418U614. mrs. en reales de plata de principal, y por ellos 29U901. mrs. de renta al año en vn juro situado sobre los Reales servicios de Millones de la Ciudad de Cordova; y tambien debiò declarar el paradero de este juro, para que los herederos de la dicha Doña Inés Patricia Cavallero les pusiessen cobro de que no han tenido otra noticia, que la que aora han adquirido por la escriptura de capitulaciones matrimoniales; y tambien omitiò declarar dicho Don Miguel las arras, que en ella ofreciò en cantidad de 5U. ducados, para que segun su cavimento tuviessen sus hijos este mas credito contra el caudal, que por su fin, y muerte quedò, y tambien el credito que tenia contra bienes de Doña Vrsola Ramon de Salazar su Madre, que fue su Tutora, y Curadora, cuya quenta no se ajustò, ni liquidò, para que constasse de la porcion de reditos, que se le debian á Don Miguel siendo assi, que en dichas capitulaciones matrimoniales refiriò por

caudal,

caudal, lo que resultàsse de la quenta de esta tutela; ni tampoco lo que le pudo tocar en otros efectos que pro indiviso quedaron en poder de la susodicha por caudal de el Capitan Don Diego de Velasco, que se avia de partir entre sus herederos, que era el Beneficiado, Don Miguel, y demàs sus hermanos, y con la circunstancia, que quanto subieran estos creditos, tanto menos sería la vinculacion de el caudal de la dicha Doña Vrsola, y mayor el de Don Miguel para assegurar las legitimas de sus hijos, materna como credito de el caudal, y paterna como herencia; y tambien omitiò declarar los gananciales de el matrimonio, pues ni aun inventario de los bienes, que quedaron por fin, y muerte de la dicha Doña Inès Patricia Cavallero hizo, que aunque esto fuesse en el concepto, que se puede discurrir, y se expressa num. 39. se evidencia, que todo quanto Don Miguel executò en la disposicion de su Madre Doña Vrsola, de su hermano el Beneficiado Don Diego, y de su Muger Doña Inès Patricia fue directamente en perjuicio de sus hijos (excepto de Don Diego Primogenito) porque ni les dexò, que heredar de su Abuela, Tio, y Madre, y de el mismo Don Miguel tampoco, como de los inventarios de dicho pleyto de su particion se reconoce, y assi en el concepto referido no es mucho abusasse de el poder de el dicho Beneficiado su hermano, gravando con vinculo, lo que dexó libre à sus sobrinos; à que tambien conduce lo que en el §. siguiente se dirá. Y queda probado en hecho, y derecho el agravio, que el Teniente hizo à los cinco hermanos en la sentencia, que pronunciò, y de que consta num. 15. pues aunque Don Miguel de Velasco Mendieta como Commissario no hizo la institucion de heredero à hermano, y sobrinos, como lo contiene el poder á que (como va dicho) se debe estàr, esta institucion subsiste en conformidad de la disposicion de la ley 33. de Toro, ibi: *Pero lo que el testador le mandò, señalada, y determinadamente señalando la persona de el heredero, ò señalando cierta cosa, que avia de hazer el tal Commissario, mandamos, que en tal caso el Comissario sea obligado à lo hazer,*

 y si

y si passado el dicho termino no lo hiziere, que sea avido, como si tal Commissario lo hiziesse, y declarasse : de que resulta no hazer falta para la validacion de dicha institucion, que Don Miguel no la huviesse hecho.

§. VIIJ.

81. EL segundo medio de la defensa de Don Miguel ausente, y sus hermanos consiste, en que quando el residuo de el caudal de el Beneficiado D. Diego de Velasco se considere vinculado por el otrosi de el poder, è institucion, que en su virtud hizo D. Miguel su hermano, en esto no se puede incluir la heredad llamada el Palmar, por no aver sido, ni quedado por bienes de el testador, si, de dicho Comissario; y assi precissamente debe tocar con sus frutos à sus hijos, legitimos, y vniversales herederos, que han deducido esta pretension sin perjuicio de la antecedente, ni confessar validacion de el vinculo en lo que legitimamente fue caudal de el dicho Beneficiado: con cuya protesta assi en la demanda, como en los demàs pedimentos, que despues se han dado, lo han deducido; y assi no les obsta para que se declare todo libre, y partible, mediante que por la disposicion de derecho la protesta con que se hazen las alegaciones, y defensas no perjudica para el derecho, que con ellas se trata de reservar. *Carleb. de iud. tit. 1. disp. 2. num. 995. Cortiad. tom. 3. decis. 169. num. 19. Fontanell. de pact. nupt. tom. 2. claus. 6. gloss. 2. part. 6. num. 50. Grat. cap. 356. num. 37. & 38. & cap. 551. num. 7. leg. si debitor, §. 1. quib. mod. pign. vel hypot. solvitur* : y con mas razon no estando decidida, y determinada la validacion de esta vinculacion, ni siendo precissa por disposicion de ley *D. Castill. lib. 5. contr. cap. 65. num. 105. in fin.* ibi: *Protestatio circa ea, quæ pendent ex iuris dispositione nihil operatur contra legis dispositionem, & formam solum quidem releuat potestatio in ijs, quæ non sunt per legem decissa*; y aviendose tratado de probar, y esforçar en todo el discurso del pleyto, que ninguna validacion tiene la dicha vinculacion. *Fontanell. claus. 7. gloss. 3. part. 1. num. 66.*

Quando el residuo de el caudal de el Beneficiado Don Diego de Velasco Mendieta se considere vinculado, no lo puede ser la heredad del Palmar por no aver sido bienes suyos, si, Don Miguel su hermano, y Commissario.

82. El motivo que ha avido para aver querido incluir en el vinculo la dicha heredad en tan notorio perjuicio de Don Miguel ausente, y sus hermanos, ha sido aver intervenido simulacion en la venta de ella quando la adquiriò Don Miguel de Velasco Mendieta; y la prueba de esta principalmente consiste en las circunstancias de el hecho, que es menester referir en este lugar, para que sobre ello recaiga la disposicion de derecho. Es constante, que dicha heredad fue bienes de el concurso de Don Bartolomè de Torres Paez, que pendiò en la Real Audiencia, y Oficio de Camara, que vsò Pedro de Quiros donde se rematò para el pago de dichos acreedores por Septiembre de el año de 670. en cantidad de 29U923. reales de plata, que componian 3U740. pesos, y 3. reales de plata en el Beneficiado Don Diego de Velasco Mendieta, quien tomò possession, y amparo de ella, consta de testimonio que està en el pleyto; pero està compra la hizo para Don Miguel de Velasco su hermano, quien tenia caudal para ello; pues como consta de testimonio, que se ha puesto en el pleyto de la particion de los bienes de el Capitan Don Diego de Velasco entre Doña Vrsola Ramon viuda de el susodicho, y sus hijos, y herederos en ella huvo de aver Don Miguel por su legitima paterna 488U688. mrs. de vellon, y 4q. 949U089. mrs. de plata la qual particion se aprobò el dia 18. de Març̧o de el año de 1660. como tambien consta de dicha particion original, que està con los autos; de que resultò en Don Miguel suficiente caudal para poder comprar dicha hazienda de el Palmar.

Lo que resulta de el pleyto para prueba de que la heredad del Palmar fue bienes, y caudal de D. Miguel de Velasco.

83. Los papeles que quedaron por fin, y muerte de Don Miguel de Velasco Mendieta desde que falleciò se incluyeron de consentimiento de todos los interessados en vn quarto de las casas que fueron de su havitacion, y se le echaron dos llaves, vna que quedò, y permanece en poder de Don Diego de Velasco Mendieta, y otra en el de los demàs sus hermanos; y à pedimento de el defensor de ausentes, y difuntos por mandado de el Teniente, que conociò de este pleyto, y con citacion de todos los interessados, para prueba de

de què dicha heredad fuè siempre bienes de D. Miguel de Velasco se sacaron los siguientes.

Vna quenta escrita de letra de el dicho Beneficiado Don Diego de Uelasco, que empieza : Debe Miguel Gomez de Velasco Mendieta las partidas siguientes ; la primera dize: en 23. de Septiembre de 1670. años 29U923. reales de plata en oro, y por ellos 3U740. pesos, y 3. reales, que este dia librè à favor de Juan Feliz Arriola sobre Don Joseph de Morales, y Compañia *para pagar con ellos la hazienda de el Palmar*, que se rematò en mi en precio de 72U. reales de vellon, que à 19. y quartillo el peso montan los dichos 3U740. pesos, y 3. reales, y esta cantidad de vellon se depositò en Don Joseph de Morales por no aver depositario general en virtud de Auto de la Real Audiencia, para que de alli lo saquen los acreedores de D. Bartolomè de Torres Paez, q̃ mejor derecho tengan. La segunda partida es 6. pesos en oro al Escrivano de depositos por la escritura de deposito de dicha cãtidad, y registro para presentar en el pleyto, y pedir possession, y amparo. La tercera 16. pesos al dicho Pedro de Quiros Escrivano de Camara por sus derechos, y de el remate, y de las provisiones para la possession, y amparo. La quarta 4. pesos à su Oficial mayor. La quinta vno y medio al menor. La sexta 4. y medio pesos à los Ministros de la Villa de Alcalà de Guadayra, que dieron la possession. La septima 6. pesos à Don Pedro Lizaud Relator que fue de el dicho pleyto. La octava 33. reales de plata de peticiones, y otras diligencias judiciales sobre el dicho remate; y todas estas partidas las comprueba el testimonio de el remate de la heredad (que està como và dicho en el pleyto) La nona 2U446. reales de vellon de siete tinajas de Coria empegadas, y puestas en dicha hazienda. La dezima 441. reales de vellon por el gasto de la vendimia de dicho año de 670. que reducidos à plata componen 186. reales. Y mas abajo se halla por menor la quenta de dicha vendimia, que compone los mismos 441. reales, y despues aforo de las arrobas de mosto.

Y para comprobacion de la primera partida de

esta

esta quenta que es la de el precio de la hazienda se presentò certificacion de los libros de Don Gabriel de Morales dada por el Contador de la quiebra, en que consta que dicho Don Diego de Velasco Mendieta librò por Septiembre de el año de 670. 29U923. reales de plata en doblones à favor de Juan Feliz Arriola sobre el caudal que tenia en la caxa de Don Joseph de Morales, por quien se pagaron el dia 11. de dicho mes recogiendo la librança.

Y las partidas de dicha memoria, y quenta componen la summa de 31U463. reales de plata, que hazen pesos 3U932. y 7. reales de plata; y esta misma partida se halla en otra quentecita escrita de mano de el dicho Don Diego, que tambien està en el pleyto, y empieza: debe Miguel, y la segunda partida de dicho debe, dize assi; *por la hazienda de el Palmar* 3U932. *pesos, y 7. reales de plata.*

Y tambien està otra quenta escrita de la misma letra, y mano, que empieza: debe Miguel Gomez de Uelasco por los gastos hechos en su boda las partidas siguientes, y và poniendo partidas que suman 56U040. reales de plata, que componen pesos 7U005. y 4. reales de plata; y para comprobacion de esta quenta se presentò otra certificacion de los libros de la caxa de plata, que corriò â nombre de Don Lorenço Ibarburu, y Compañia, en que constan libradas por dicho Beneficiado Don Diego de Velasco las mas de las partidas en dicha quenta de gastos de boda contenidas en el caudal que alli tenia, y convienen con las de la dicha quenta.

Tambien està en el pleyto otra minuta pequeña con nueve renglones escritos de mano, y letra de el dicho Don Miguel Gomez de Uelasco Mendieta, (y por tales los tiene reconocidos con juramento Don Diego de Velasco Mendieta) y dize que 227. reales de vellon los passa á la quenta nueva de vellon; que tiene con su hermano, porque en esta grande no se hizo mencion de ellos, sino solo de 5U832. pesos de que hizo vale, y en los gastos de la boda se los abonò, y que quedaron ajustados de dicha quenta; y en la

minuta pequeña de que antes se ha hecho mencion, la primera partida de el ha de aver de dicho D. Miguel son los mismos 5ɥ832. pesos, que refiere de su letra el susodicho en la minuta de los nueve renglones ; y la segunda de dicho ha de aver de Don Miguel son 6ɥ. 239. pesos, y 3. reales, y esta misma partida està en la otra minuta donde estàn los nueve renglones de mano de Don Miguel escrito de mano de Don Diego, y dize en dicha partida, à Don Miguel. La tercera partida son 374. pesos, y 3. reales por la reduccion à oro à 3. por 100. de los 6ɥ239. pesos, y 3. reales, y las tres partidas de el ha de aver de Don Miguel componen 12ɥ445. pesos, y 6. reales de plata, que es la misma cantidad de el debe de el susodicho, y quedaron ajustados de quentas con la diferencia de los 227. reales de vellon, que se passaron à la quenta de esta especie: todas las quales quentas, y minutas se hallan rubricadas de el Escrivano ante quien passó el pleyto. Y resulta de ellas, què el precio de la hazienda lo satisfizo Don Miguel à su hermano que lo avia pagado.

Tambien estàn en los Autos quatro cartas de pago, ò recibos simples, en que consta que desde el año de 673. hasta el de 679. pagò el diezmo de los frutos de dicha hazienda Don Miguel Gomez de Velasco Mendieta à los Arrendadores de el diezmo de la Parroquia de el Señor San Miguel de donde fue parroquiano dichos años, que lo comprueba vna certificacion de el Cura de dicha Parroquia, en que certifica no hallarse padrones de el cumplimiento de la Iglesia de ellos por averse perdido en vna inundacion, pero diferentes hijos, que en el año de 1674. 1677. 1678. 1679. tuvo se hallan baptizados en dicha Parroquia.

Y por otros dos recibos consta, que en los años de 680. y 681. que fue el dicho Don Miguel parroquiano de la de el Señor San Pedro pagò el diezmo de dicha hazienda de el Palmar à los Arrendadores de dicha Collacion: y para mas justificacion de esto tambien ay certificacion de el Cura, en que consta que dicho Don Miguel, y su familia se empadronò para el cumplimiento de la Iglesia en dicha Parroquia el año

de

de 681. y el no eſtarlo el antecedente de 680. fue por averſe mudado ſegun el eſtilo de la Ciudad por Julio de el dicho año de 680. en que ya avia paſſado el tiempo de dicho cumplimiento: y que huvieſſe vivido en la de el Señor San Miguel haſta fin de Junio de dicho año de 680. lo prueba la vltima fee de baptiſmo de ſus hijos que es de 20. de Diziembre de el año de 679.

Ay tambien en los Autos certificacion de la Contaduria mayor de el repartimiento de diezmos, en que conſta, que las perſonas que firmaron los recibos de los diezmos de frutos de la hazienda de el Palmar fueron Arrendadores de las Parroquias de el Señor San Miguel, y San Pedro en los años, en que expreſſan los miſmos recibos.

Tambien ſe ha preſentado otro recibo, en que conſta, que el año de 678. pagò dicho diezmo en Alcalà à la renta de Foraſteros; y certificacion, que en los miſmos años fue parroquiano el Beneficiado Don Diego de Velaſco Mendieta en la de el Señor San Andres. De todo lo qual ſe prueba, que dicha heredad aunque rematada al dicho Beneficiado Don Diego, y que librò ſu precio, fue para Don Miguel, reſpecto de que en las quentas, que entre los dos hermanos avia le hizo Don Diego cargo à Don Miguel, no ſolo de dicho precio, ſino tambien de todos los coſtos de el remate, poſſeſſion, y amparo, derechos de oficio, y gaſtos de vendimia de el año de el remate, y venta, que fue el de 670. y de el precio de las tinajas, que incluyò en la hazienda.

84. Y aunque las dichas quentas, y minutas de mano de el Beneficiado no las ha querido reconocer Don Diego de Velaſco, como lo hizo de los nueve renglones de ſu Padre, que abraza toda la quenta, ay dos circunſtancias por donde ſe prueba la certeza de ellas, y que ſon de Don Diego: la vna el cotejo, y comparacion de letras, que ſe ha hecho en el termino de prueba de las letras de que ſe componen dichas quentas, y memoria con otras ciertas de el dicho Beneficiado Don Diego; de que reſulta ſemiplena probança *vt afirmat. D. Covarr. in pract. cap. 22. num. 7. cum leg.* 117 118.

De la comparacion de letras reſulta ſemiplena probança.

118. 119. *tit.* 18. *part.* 3. y otra averſe hallado eſtos papeles entre los que quedaron por fin, y muerte de el dicho D. Miguel de Velaſco Mendieta, que con tanta formalidad eſtàn guardados, teniendo cada intereſſado vna de las llaves de el quarto, ò archivo donde eſtàn, y aver recaìdo en Don Miguel todos los papeles del Beneficiado ſu hermano, como antes ſe ha dicho, mediante aver ſido el vnico Albazea tenedor de bienes, y heredero en ſu concepto, pues era el primero, que avia de ſuceder en la agregacion, y deſpues ſus hijos, y deſcendientes, y tratarſe en eſte punto de prueba de ſimulacion, en que baſtan indicios, y preſumpciones, ſuſpendiendo por aora el probarlo, y què eſpecie de ſimulacion intervino en dicha venta por paſſar à otras circunſtàncias de hecho, que juſtifican aver ſido la heredad de el Palmar bienes de D. Miguel de Velaſco, y recaìdo en ſus hijos.

Poder para teſtar de el Veintiquatro Don Miguel Gomez de Velaſco Mendieta à ſu hijo, y declaracion, que eſte hizo como Commiſſario ſobre la vinculacion de el caudal de el Beneficiado ſu Tio.

85. El dicho Don Miguel otorgò poder para teſtar à Don Diego de Uelaſco ſu hijo primogenito el dia 8. de Junio de el año paſſado de 1704. con cuya diſpoſicion muriò en virtud de el qual dicho Don Diego otorgò el teſtamento en 15. de Noviembre de el de 713. y en èl eſtà la clauſula de el tenor ſiguiente: *Item el dicho mi Padre por dicho ſu poder para teſtar declarò, y yo en ſu nombre declaro pertenecer al referido mayorazgo que fundò Doña Vrſola de Salazar mi Abuela la heredad de Olivares que llaman el heredamiento de Fuertes, que eſtà en termino de Alcalá de Guadayra por la agregacion, que de ella hizo al dicho mayorazgo Don Diego Gomez de Velaſco Mendieta ſu hermano, y mi Tio, como conſta por el teſtamento, que dicho mi Padre en ſu nombre, y en virtud de ſu poder para teſtar hizo, y otorgò que paſsò ante Torivio Fernandez de Coſgaya en 23. de Junio de el año de* 682. Y ſi la heredad de el Palmar tambien ſe tuviera por bienes de el dicho Beneficiado, è incluſa en la agregacion de el vinculo, como ſe expreſó en el poder de Don Miguel, y en el teſtamento que ſu Commiſſario hizo ſe huviera hecho lo miſmo con la de el Palmar; prueba evidente de que eſta no ſe pudo comprehender en el vinculo; y para que aſſi conſtaſſe ſolo en

el

el poder expressò la vna, y omitiò la otra D. Miguel, que era la persona à quien mas bien le constaba de la certeza de todo este hecho, y quiso con esta declaracion testamentaria destruir en parte lo que en perjuicio de sus hijos avia hecho.

86. Y aunque se dize que esta declaracion no puede perjudicar à Don Diego, y su descendencia, que adquirieron derecho al vinculo de Doña Ursola con la agregacion de el caudal de el Beneficiado Don Diego por los vulgares textos *in leg. qui testamentum 27. de prob. leg. Lucius 90. §. quisquis, ff. de legat. 2. Anton. Gom. in 1. var. cap. 12. num. 81. D. Vela disert. 38. num. 35. & 42. ex num. 1. cum multis*, ay ademàs de esta confession testamentaria de Don Miguel la repeticion de su hijo Don Diego, que aunque Commissario si fuera cierto tocar la heredad à su vinculo, y mayorazgo no huviera conformadose con la declaracion de su Padre, y huviera tratado de reformarla, y no solo esto sino que Antonio Gomez *dict. num. 81. vers. ex quo notabiliter infertur*, resuelve que de esta confession testamentaria resulta vna semiplena probança, que junta con la deposicion de vn testigo se compone vna plena; ibi: *Item etiam operabitur semiplenam probationem vt cum vno teste fiat plena probatio, vel deferatur in iuramentum in defectum probationis argum. leg. quæro, §. fin. ff. de ædilit. edict.* Y si esta semiplena quando otra cosa no resultasse de la omission de declarar por vinculada la heredad de el Palmar, como se hizo de la de Fuertes se jũta cõ la otra semiplena que tambien resulta de la comparacion de la letra de las memorias, y quentas de el Beneficiado Don Diego, se halla probado con plena probança, que la heredad fue de Don Miguel, aunque comprada à nombre de el Beneficiado su hermano, y consiguientemente no pudo ser incluida en el vinculo, que no puede subsistir en bienes agenos.

La declaracion testamentaria por sino perjudica à tercero.

Haze semiplena probança.

87. En terminos de simulacion que es lo que aora se trata se prueba mas lo dicho de el lugar de el *señor Vela disert. 38. num. 24.* ibi: *Multo magis duo vel plures imperfectæ probationes coniunguntur ad plenam efficiendam pro actus, vel contractus simulatione vt omnes concludunt, maximè*

De dos semiplenas resulta probança concluyente.

xime Parisius, Tiraq. & Franc. Becius id asserentes procedere etsi tales probationes ita imperfectæ essent, quod in alià materia non coniungerentur; puta quia non esset quælibet in suo genere perfecta. Nam aliàs generale est in causa civili saltem non multum ardua imperfectas probationes etiam diversæ speciei perfectè in suo genere probatas, puta duas semiplenas imò & duas, & plures præsumptiones ad idem tendentes, si tales sint quæ judicis animum iuxta iuris regulas, & approbatas Doctorum doctrinas informatum moveri possint, coniungi ad plenam, & perfectam probationem efficiendam, quemadmodum ex dict. leg. quæro 58. §. vltimo, ff. de ædil. edict. colligitur & ex alijs text. & Authorib. comprobat D. Vela vt in loco citato videri potest. Y junto lo que resulta de dichas quentas, y memorias halladas entre los papeles de Don Miguel con las clausulas de el testamento, y poder, parece (salvo el superior dictamen de los Señores que lo juzgaren) que no queda en que dudar, que la heredad de el Palmar fue bienes de Don Miguel, y consiguientemente aora de sus hijos.

88. Y si aun todavia se tuviere por dudoso lo referido (que no parece ay en que se pueda fundar) dexarà mas claro lo hasta aqui dicho la probança, que en esta instancia de vista se ha hecho por Don Miguel ausente, y sus hermanos; en que se articulò, que el dia 4. de Noviembre de el año de 713. le diò vn accidente muy grande à Don Miguel Gomez de Velasco Mendieta hallandose en el campo en vna de las referidas haziendas, que le privò de el sentido, y habla, y en este estado le traxeron à esta Ciudad à sus casas, donde llegò la noche de el mismo dia, y aunque se empezaron à hazer muchos medicamentos para recuperarle desde luego llamaron Religiosos que le assistiessen, y con dichos medicamentos se reconociò alguna mejoria en el susodicho porque abria los ojos, y hazia algunas demonstraciones de estàr en su sentido, y que oía lo que se le preguntaba, pues con señas respondia adequadamente por no aver podido recuperar el habla, y hizo muchos actos de amor de Dios, apretò la mano, y fue absuelto, y en esta ocasion el Padre Maestro

Fray

Fray Joseph de Haro Religioso Calçado de el Orden de Nuestra Señora de el Carmen le preguntô ha Don Miguel si estaba muy gustoso de aver apretado la mano, y recebido la absolucion, y respondiò por señas que si, y tambien le dixò avia de dezir vna verdad, que convenia para el descargo de su conciencia, y respondiò en la misma forma que si, y la pregunta fuè si la heredad de el Palmar era vinculada, y respondiò con señas que no, y esta pregunta se le repitiò tres vezes, y à todas diò la misma respuesta, y en esta forma, y sin recuperar el habla viviò el susodicho hasta el dia 7. de dicho mes, que muriò à mas de las 11. de la mañana.

Lo que se articulò y probó por D. Miguel ausente, y sus hermanos en la instancia de la Real Audiencia.

89. No se examinò en este hecho al Padre Maestro Fray Joseph de Haro por hallarse quando se hizo la probança que fue por Noviembre de el año passado de 715. retirado por la ocasion, que es bien publica, y notoria en esta Ciudad; pero deponen cinco testigos al tenor de las dichas preguntas, y especialmente el P. Fr. Pedro de S. Antonio Religioso de el Orden de Trinitarios Descalços, y Maestro de Estudiãtes en su Convento, y vno de los q̃ assistieron en el referido accidente, à dicho enfermo, y dize assi: *Que estando junto à la cama de el dicho Don Miguel avia llegado el Padre Maestro Fray Joseph de Haro, preguntandole en vozes altas como era cierto que la heredad nombrada de el Palmar era libre, y no vinculada, y el dicho Don Miguel esforçandose quanto pudo avia respondido inclinando la cabeza dando à entender con esta demostracion ser libre, como assi lo entendiò el testigo, y otras personas que presentes estavan*; en lo mismo contesta de vista Doña Constança de la Barrera donçella mayor de 25. años que assistia al enfermo, y se hallò presente; y tambien Gregorio Ruiz de Estepa, que se hallò en dicho ocasion, y el Padre Fray Juan de S. Matias Presbitero de dicho Orden de Trinitarios Descalços, y Vicario de su Convento de oìdas al Padre Maestro Fray Joseph de Haro. Con que ay vna concluyẽte probança compuesta de tres testigos contestes de vista de que en lo vltimo de su vida declarò por libre la heredad dicho Don Miguel, y en lo demàs contestan las preguntas.

90. Y que de esto se pruebe libertad de dicha hazienda lo prueba el lugar de el *señor Castill. lib. 4. contr. cap.* 27. donde trata la question de si el testamento *ád interrogationem, vel nutu, vel signis facto* tenga validacion, y con la *ley nutu, ff. de legat.* 3. resuelve que si en los casos que propone *& num.* 32. ibi: *Legata veró, & fideicommissa particularia solo nutu absque alia verborum expressione relinqui possunt dummodo per talem nutum possit consensus, & voluntas colligi. Et modus per quem colligitur debet scribi per tabellionem exprimendo quemadmodum testator ipse, qui propter accidens loqui non potuit interrogatus assensit humeris, & annuit capite, sive qualiter voluntatem suam manifestavit. Alvarad. de coniectu-rat. ment. defunct. lib.* 3. *cap.* 2. *§.* 2. *num.* 1. *Vbi dicit, quod voluntas non modo verbis percipitur, sed etiam ex conatu, signis, nutu, vel sono vocis confussæ, & num.* 4. *Quod voluntas affirmativa caput versus pectus inclinando deducitur, vt colligitur ex leg.* 1. *si quis, ff. de verb. obligat.* que es lo mismo, que refiere en su deposicion el Padre Maestro Fray Pedro de San Antonio, ibi: *Esforçandose quanto pudo avia respondido inclinando la cabeza, dando à entender con esta demonstracion ser libre, como assi lo entendió el testigo, y otras personas que presentes estaban*; y es de advertir, que este lugar de el señor Castillo, de Alvarado, y otros muchos, que cita en el dicho num. y siguientes hablan de disposicion, que haze el testador con semejantes señales en cuyos terminos es la decission de la *ley nutu*, ò de legados, y fideicommissos que dexa; y en nuestro caso solo se trata de justificar con las expressiones de Don Miguel de Velasco en lo vltimo de su vida la libertad de la dicha hazienda, que por tantos medios concluyentes està verificada.

La disposicion de el testador por señales quando està impossibilitado de hablar vale, y subsiste.

91 Para desvanecer la prueba que temiò D. Diego de Velasco Mendieta se avia de hazer sobre este punto hizo vna pregunta añadida al interrogatorio, que tenia presentado, articulando que en el accidente que le diò al dicho Don Miguel Gomez de Velasco no solo se privò de el habla, sino tambien de el sentido sin aver buelto à su razon, aunque los herederos de el susodicho, y sus hijos solicitaron llevar como con efecto

llevaron Escrivano Publico para vèr si bolvia en si, y queria hazer testamento, ó dàr poder para ello, y no se executò, y se bolviò el Escrivano por no averse recuperado de el accidente el dicho Don Miguel para aplicar à su favor el citado lugar de el *señor Castill.num.* 41. ibi: *Semper enim requiritur, quod is, qui nutu, aut signis, vel alio simili modo disponit sanæ mentis, & intellectus sit nam etsi loquelam amiserit, nutu disponere potest in legatis, & fideicommissis, si sanam mentem & intellectum retineat; si verò perdidit intellectum, non modo hæredem instituere, sed neque legata relinquere aut alio modo disponere potest, etiam quoad legata, libertates, & cætera pia.*

92. Los testigos que en este hecho se examinaron fueron el Doctor Don Pedro Calero Medico, que dize: que por razon de el accidente apopletico, que le diò al dicho D. Miguel le llamaron para su curacion, *y aunqueá la primera visita diò algunas muestras de estár capaz para poder hazer vltima disposicion* à muy breve tiempo; y antes, que llegasse el Escrivano, que para este efecto llamaron, y que viniesse el Doctor Don Andres Mastrucio, que tambien assistiò à la curacion, se privò totalmente de sentido el dicho Don Miguel, y que en ninguna de las ocasiones siguientes, en que el testigo concurriò à dicha curacion viò, ni oyò à dicho Don Miguel demonstracion alguna, que indicasse estàr en su deliberacion, á causa de que lo grave de su enfermedad no podia permitirlo; y aunque en distintas vezes en la noche, que al dicho Don Miguel lo traxeron de fuera con el accidente, y en que todo lo mas de ella estuvo el testigo ordenãdo varias medicinas, viò traer vn Escrivano para efecto de que el dicho Don Miguel hiziesse su disposicion por dicho Escrivano nunca se dixo, que estuviesse capaz para executarla motivo para que no la huviesse hecho.

Probança de Don Diego de Velasco sobre no aver buelto à recuperarse de el accidente el Veinti quatro Don Miguel su Padre.

El segundo testigo fue dicho Doctor D. Andres Mastrucio, y dixo: que con el motivo de el referido accidente le llamaron para su curacion, à que assistiò todo el tiempo que viviò el dicho Don Miguel, *y que en las ocasiones, que le visitò* nunca conoció estuviesse en su entero conocimiento, à causa de que lo terrible de

el accidente precissamente avia de tenerle privado de razon, como lo executan todas las apoplexias segun su arte, y experiencias, que la practica manifiesta cada dia.

El tercero fue Toribio Fernandez de Cosgaya Escrivano Publico de esta Ciudad, que dixo: que aviendo llamado al que depone à las casas de el Veintiquatro Don Miguel Gomez de Velasco Mendieta, para que el susodicho otorgasse su vltima disposicion, y reconociendose por el testigo que estaba impedido de poder hablar à causa de la enfermedad, que padecia, y se dixo ser apoplexia, no passò à poner en execucion dicha vltima disposicion sin que precediesse la authoridad, y assistencia de vn Juez Ordinario, pues aunque à algunas personas de dichas casas diò à entender esta circunstancia no se asintiò à ella motivo de averse diferido la execucion de la vltima disposicion, que aunque el testigo estuvo en dichas casas mucho tiempo à fin de vèr si dicho Don Miguel hablaba, y entonces otorgar, si quisiesse, su testamento, ù otra disposicion, no llegò este caso por razon de aver muerto el dicho Don Miguel con la privacion que tuvo de hablar.

93. Con estas deposiciones no se destruye la probança hecha por Don Miguel ausente, y sus hermanos en orden à aver declarado Don Miguel en la forma que pudo por libre la heredad de el Palmar; por que los dos Medicos no estuvieron continuamente con el susodicho mientras le durò el accidente como los Religiosos, que lo son espirituales, y mientras faltaron pudo aver tenido algun rato de capacidad de razon, como con efecto lo tuvo, en que contestan los cinco testigos examinados por dicho Don Miguel ausente, y sus hermanos, que continuamente le assistieron, y entre ellos los dos referidos Religiosos Presbiteros el vno que depone de vista con quien contestan dos testigos, y el otro de oídas al Padre Maestro Haro, mediante que apretò la mano, y fue absuelto, cuya fee, y estimacion es mayor que la de otro qualquier testigo *D. Valenz. Velasq. cons.* 102. *ex num.* 73. ibi: *Est*

tamen

Las deposiciones de los Sacerdotes tienen mas fuerça, y eficacia, que las de los demas testigos.

tamen illi tanta fides adhibenda quanta adhiberi solet alteri testi, imo plus propter Sacerdotij dignitatem, & Religiosæ vitæ professionem cap. Monachus vbi gloss. verbo compendia 77. dist. Aymon. Cravet. & alij. Cum enim Sacerdotij qualitas tanta sit, vt notissimum est, & probat. Hypol. de Marsil. tract. de fideiuss. num. 129. & seqq. multum operatur in testibus, & prævalet data paritate; imó testem Religiosum, & Sacerdotem vice aliorum duorum testium censeri, & gloss. in dict. cap. Monachus 77. dist. Y el Escrivano no le hallò otra incapacidad que no poder hablar, pues afirma que diô à entender à la familia que interviniendo la autoridad, y presencia de vn Juez Ordinario podia hazer la disposicion; demâs de que el Doct. Don Pedro Calero afirma que le viò capaz de poder hazer la vltima disposicion, aunq̃ le durò poco tiempo. Conq̃ en este caso se debe estàr àlo que resulta de la probança de D. Miguel ausente, ẏ sus hermanos por cõponerse de mas numero de testigos de continua assistẽcia, y de los Religiosos q̃ le ayudarõ à biẽ morir.

94. Aun todavia restan otras circunstancias de el hecho para mas comprobacion de lo hasta aqui dicho, como es, que para inventariar la dicha heredad de Fuertes por bienes de el Beneficiado Don Diego de Velasco Mendieta se haze con tanta expression, y menudencia, que no se dexa cosa, aunque de corto valor, que no se anote en partida à parte, el azeyte, y bueyes, que en ella avia, y al fin de el inventario de esta hazienda està la certificacion de el Escrivano de no aver hallado la memoria su fecha de el dia 14. de Henero de el año de 1682. en el qual se hizo el inventario de dicha hazienda en el campo, y de la libreria de el dicho Beneficiado Don Diego, que era bien grande en esta Ciudad, con que se halla que en vn mismo dia se hazen estos dos inventarios, y se caminan seis leguas por aver tres à la heredad, y se suspende el inventario cinco meses, y onze dias hasta el 25. de Junio en que se prosigue poniendo por primera partida la hazienda de el Palmar con la generalidad de componerse de viñas, casa, lagar, y basija, sin la expression, formalidad, y menudencia con que se inventariò la de Fuertes,

tes, y aviendo muerto el dicho Beneficiado Don Diego el dia 23. de Diziembre, en que precisamente avia de estàr existente la cosecha de vino nuevo en las tinajas, ni esta, ni el numero de toneles, ni las soleras que tenian precisamente se hallan inventariadas; ni en la quenta que dà el dicho Don Miguel como Albazea se haze cargo de frutos de esta heredad, que debiera si realmente huviera quedado por bienes de su hermano; y en el inventario de papeles solo se halla vn libro, y vna quenta con vn Capataz, siendo assi que cada hazienda tenia el suyo; y si fueran ambas de el Beneficiado precisamente avia de tener quentas con el de la de el Palmar como la tuvo con el de la de Fuertes. De todo lo qual resulta no quedar razon de dudar de que esta hazienda fue bienes de Don Miguel de Uelasco, como tal la pagò con su proprio caudal, la gozò, y desfrutò mientras viviò el Beneficiado su hermano, pagò los diezmos, que causaron sus frutos, y el hazerse el remate à nombre de el dicho Beneficiado ya se dexa conocer el motivo que para ello avria.

95. La probança que para querer desvanecer todo lo dicho se ha hecho por el dicho Don Diego de Velasco Mendieta es en parte contraria à su misma alegacion, pues en la de 7. de Agosto de el año de 714. se dize: *Y porque no obsta que el diezmo se cobrasse segun las cartas de pago presentadas de Don Miguel de Velasco Mendieta por que seria en virtud de orden que le diera el dicho Don Diego*; y lo que se ha articulado por el susodicho es: que el Beneficiado tuvo diferentes quentas, y dependencias con dicho su hermano Don Miguel que continuaron hasta el año de 681. que muriò, de diferentes prestamos, que le hizo por cuya razon tienen por cierto los testigos, que aunque en las de el año de 70. le cargasse à dicho Don Miguel el valor de la heredad de el Palmar, despues continuado los prestamos se haria pago dicho Don Diego en la misma heredad de lo que dicho su hermano le debia, pues à no ser assi no la tuviera por propria hasta el dia de su muerte, ni la dexara como la dexò agregada al mayorazgo con la otra de Fuertes, ni Don Miguel huviera

Mas probança de Don Diego de Velasco.

con-

consentido en esta agregacion à no saber, y constarle pertenecer á su hermano mediante las quentas, y dependencias, que entre ambos tuvieron. Los testigos, que en este hecho examinò fueron seis, y todos deponen la pregunta con la misma credulidad sin afirmar ninguno quentas, que entre los dos hermanos huviesse, alcance que de ellas resultasse contra Don Miguel, y pago que se hiziesse Don Diego con la misma heredad; antes si en dicha pregunta se afirma de cierta la quenta de Don Diego, y averle pagado Don Miguel el precio de ella; y si huviera las nuevas quentas, que se dize de que resultò bolver à tomar en si la heredad el Beneficiado Don Diego, huvieran quedado entre sus papeles, y se huvieran presentado, como se ha executado de los que en este informe se ha hecho mencion: y probança que pudiendo, ò debiendo ser de instrumentos, se reduce à testigos *præsumitur calumniosa, & supposita Carleb. de iudit. tit. 3. disp. 13. num. 5.*

96. Tambien se articulò (que esto es lo contrario à la alegacion) que hallandose con cortos medios Don Miguel, y con muchas rentas el Beneficiado su hermano, y caudal proprio por hazerle beneficio à dicho su hermano que se hallaba con muchos hijos, y familia, continuando los prestamos, y socorros, que siempre le avia hecho le hizo gracia, y donacion verbal, extrajudicial de el goze de el vso, y vsufructo de dicha hazienda de el Palmar por tiempo de su voluntad para que percibiesse los frutos para si, con el cargo de que la beneficiasse con el procedido de ellos, y pagasse al Capataz, y demàs operarios, y el residuo lo percibiesse para si el dicho Don Miguel. El primer testigo no sabe la pregunta. El segundo afirma le dixo Don Miguel debia tanto à su hermano que le avia entregado la heredad llamada el Palmar por el tiempo de su voluntad para que la desfrutasse con la calidad de costear sus beneficios, pagar salarios, diezmos, y demàs cosas, y el residuo sirviesse para la manutencion de la casa, y familia de el susodicho, pero que la propriedad la tuvo siempre el testigo por de el Beneficiado Don Diego quien en vna ocasion le dixo ya tengo compra-

da otra hazienda, que agregar al mayorazgo, que fundò mi Madre. El tercero es el Padre Fray Juan de la Anunciacion Religioso Presbitero de dicho Orden de Trinitarios Descalços, y dize: que hallandose casado Don Miguel con Doña Inès Cavallero de Cabrera, y necessitando mantener el lustre que siempre, le diò à boca, y sin que huviesse instrumento, segun lo que entonces de publico se dezia la dicha heredad de el Palmar para el referido efecto, y que assi lo oyò en las casas de Doña Vrsola Ramon de Salazar. El quarto es el Padre Fray Joseph de la Ascension Presbitero de dicho Orden, que dize: que de hecho proprio no puede deponer, pero que en varias ocasiones ha oìdo à Religiosos antiguos de su Convento, que el Beneficiado Don Diego cediò à su hermano Don Miguel el vsufructo de la heredad de el Palmar para los efectos contenidos en la pregunta. El quinto la dize de oìdas al dicho Don Miguel. Y el vltimo de oìdas à D. Diego, y que lo hazia por averse casado à su gusto. Ay gran diferencia de las deposiciones de estos Religiosos à el que se examinò por parte de Don Miguel ausente, y sus hermanos, para que no se pueda adaptar à estos el lugar de el señor Valençuela Velasquez citado num. 93. por que deponen de oìdas, y el otro con los demas testigos de afirmativa, y por averse hallado presentes.

97. Finalmente se articulò, que mediante esta donacion extrajudicial vsó el dicho Don Miguel, y percibiò para si los frutos de la hazienda, y pagò los diezmos desde el año de 673. con poca diferencia, y en los subsequentes mediante ser los frutos suyos à los Arrendadores de el diezmo de el Señor San Miguel; y con la misma generalidad deponen en esta pregunta los testigos: toda la qual probança no puede desvanecer la que resulta de instrumentos, y testigos hecha por Don Miguel ausente, y sus hermanos para prueba de la libertad de dicha hazienda, porque no dizen de afirmativa como han de deponer para que hagan fee los testigos segun la decission de la *ley* 28. *tit.* 16. *part.* 3. y son singulares; y lo que es mas, que para que tuviesse

que

que ceder el Beneficiado Don Diego al Ueintiquatro Don Miguel Gomez de Velaſco Mendieta ſu hermano, era preciſo ſe huvieſſe probado,que por donacion, venta,ò *inſolutum* por alcance de quentas huvieſſe adquirido dicho Beneficiado la hazienda, mediante que ſe confieſſa de contrario ſer la quenta cierta, y que dicho D. Miguel pagò el precio de ella, y conſiguientemente adquiriò el dominio, y para que paſſara al de Don Diego ſe requeria otro titulo, que no aviendolo ſe halla todo lo que neceſſita à favor de los herederos de Don Miguel para que la heredad ſea ſuya con ſus frutos, y aprovechamientos.

98. Solo falta ſatisfacer á otras dos alegaciones de el dicho Don Diego: la vna queriendo perſuadir, que vno de los recibos, que ſe han preſentado para prueba de que como dueño de la heredad pagò los diezmos de los frutos el dicho Don Miguel, es contra producentem, dize aſſi: *Recebi de el ſeñor Don Diego de Velaſco Mendieta ſeſenta y ſeis reales vellon, los quales me pagò el ſeñor Don Miguel de Velaſco ſu hermano por la mediania de el diezmo de vino de la Collacion de el Señor San Pedro de eſta Ciudad, y por verdad lo firmè en Sevilla à* 24. *de Diziembre de* 1680. *años*: que ſea contra producentem como ſe alega, y que pruebe pagò dicho diezmo el dicho Beneficiado Don Diego, por diferentes medios ſe deſvanece; el primero porque quien deſembolſó realmente el dinero fue Don Miguel, como el miſmo recibo lo dize;el ſegundo, porque quien cobrò fue el Arrendador de la Collacion de el Señor San Pedro donde nunca viviò el dicho Beneficiado; y el tercero, porque en vna de las preguntas de ſu interrogatorio à confeſſado la otra parte, que quien pagò los diezmos fue Don Miguel en virtud de la donacion verbal, que no ſe ha juſtificado. La otra con vna certificacion, que à lo vltimo de el pleyto ſe ha preſentado, ſacada en virtud de proviſion compulſoria, en que conſta que deſde el año de 670. que ſe comprò la heredad haſta el de 681. ſe aforaron los frutos de ella como perteneciente al dicho Beneficiado Don Diego de Velaſco Mendieta; ya ſe dixo arriba que ſe podia diſ-

discurrir el fundamento que pudo aver para que la heredad quando se rematò se pusiesse á nombre, y cabeza de el dicho Beneficiado, y con esta certificacion se prueba que fue para libertarse Don Miguel de las cargas, y pensiones que estando la heredad à su cabeza tuviera; y esto aun lo esfuerça mas la alegacion que se ha hecho por D. Diego, y se ha tratado de justificar (que se acepta solo en lo favorable) de que los frutos pertenecieron al dicho Don Miguel por la imaginada donacion, que se dize hecha al susodicho, y como quiera, que fuessen suyos, no se avian de aforar como de Eclesiastico, y assi se verifica que esta certificacion nada prueba mas que fue en consequencia de el dicho remate simulado, y para el referido efecto.

99. La simulacion bastan indicios, y presumpciones para su prueba. *Noguer. alleg.* 10. *num.* 69. ibi: *Contractus enim huius generis dificilis sunt probationis, quia occulte fiunt, sicque per inditia, coniecturas, & præsumptiones probantur, per leg. consensu, §. super plagis, Cod. de repud. leg. filium eum definimus, ff. de his qui sunt sui vel alien. jur. quam ad probationem contractuum simulatorum inducunt Paul. cons.* 58. *vol.* 2. *col.* 2. *in princ. vbi quod simulatio ex sui natura non potest liquido probari quia non adhibentur testes ne veniat in lucem, & detegatur Fermos. alleg.* 14. *num.* 8. *cum alijs*: Y los indicios, y presumpciones de donde se pueda induzir dicha simulacion la expressan dichos A. A. Con que aviendolas tan claras que no se quedan enterminos de indicios, y presumpciones, sino de evidentes, y concluyentes pruebas de que la heredad de el Palmar fue de Don Miguel, y que para èl se comprò, aunque à nombre de su hermano, y que permaneciò en su dominio, y possession mientras viviò el Beneficiado, como son, aver pagado el precio, los derechos de el remate, y possession, y testimonio para titulo, las tinajas que en ellas se incluyeron, los diezmos de los frutos, todos los beneficios que en ella se hizieron durante la vida de el dicho Don Diego, y lo demàs, que por menor se ha expressado, no queda duda en que perteneciò la heredad à dicho Don Miguel, y por su muerte à sus hijos herederos: *Cum hæredes*

La simulacion de el instrumento, ó contracto se prueba con indicios, y presumpciones.

redes instituti sumus omnia quidem iura ad nos transeunt. *leg. cum hæredes, ff. de adquir. hæred.*

100. Que se verifica mas de el lugar de el *Señor Vela en la disertacion* 38. *per totam* donde trata toda la materia de simulacion, y especies en que se divide *num.* 58. ibi : *Omnes autem simulationis species ad duas reduci possunt, prior est quæ vel fit absolute de contractu ad se ipsum vel de vno contratu ad alium diversum , qui celebrari intenditur , sive quæ vel contractum in se statim , aut ex post facto omnino irritum reddit, vel non omnino , sed vt sonat tantum cum alium diversum partes cælebrari velint*: no es esta la que intervino en la venta, y remate de dicha heredad de el Palmar, por que en la realidad de verdad fue legitimo, y de èl se transfiriò dominio de vna persona en otra, si , la segunda ibi : *Posterior, quæ fit de persona ad personam , sive quæ contractum non in se reddit irritum sed tantum quoad personam cui ex eo ius quæratur* en que basta qualquier circunstancia para su prueba *D. Vel. num.* 59. ibi : *Quia sufficit causæ verisimilitudo, & declaratio ipsius ementis, vel similem actum agentis cum res ex eius animo, & voluntate pendeat* ; en esta especie de simulacion no se quiere prueba de la causa como en la otra , *quæ reddit irritum , & nullum contractum , & est velut vmbra contractus* , y en el caso presente tenemos tambien la declaracion *de el emente, id est*, de el Beneficiado Don Diego de Velasco Mendieta, pues constando de el remate, que la heredad fue para èl, en quenta particular de su hermano le carga el precio por debe de el susodicho, y los costos causados de toda la venta, declarando con este hecho , que aunque comprò *sibi* adquiriò el dominio dicho Don Miguel de Velasco.

Division de la simulacion , y sus especies.

101. Es expresso el texto en la *ley cum propria* 5. *Cod. si quis alteri vel sibi* para prueba de lo dicho, ibi: *Cum propria pecunia tua te comparante possessionem, quondam vxoris tuæ nomen tantummodo accomodasse dicas, eandemque ocasione custodiæ suæ commissorum instrumentorum contra bonam fidem proprietatem eiusdem fundi vsurpasse dicas: rector provinciæ pro sua exercitatione cognitum habens, donationem à non domina vxore tua in filiam suam collatam, nullum præiuditium domin o tuo attulisse: docenti tibi*

veri-

veritatem præcibus tuis adsistere restituere eandem possessionem, habita etiam fructuum taxatione curabit; *leg.* 6. *vers. quod si tu, Cod. eod.* ibi: *Quod si tu quidem emisti, & tibi tradita est possessio tantum autem nomen vxoris quondam tuæ instrumento scriptum est: res gesta potior quam scriptura habetur*: Con otros muchos que cita el señor Vela *dict. disert.* 38. *num.*20.*& num.*89. ibi: *Quia emptæ rei dominium, & actionum exercitium ei vere quæritur cui emens quærere voluit licet nomen alterius simulatè sit appositum vt supra num.*20. *latè probatum est, nec licet interpositus ac simulatus rei emptor eius possessionem accipiat, noua eget dominus traditione, aut interpositis cessione illi facienda, ne dum emptione à Principe facta in qua regulariter sola eius voluntas sufficit ad dominium transferendum, vt diximus, sed etiam á privato, cum possessio ab interposita persona acepta ipsi domino proficiat, imò non alio modo quis per alium rei dominium adquirit quam per possessionem ab illo aceptam, quam & ipse accepisse censetur leg.*1. *§. per procuratorem* 20. *leg. communis* 42. *§. procurator. leg. possessio* 49. *§. vltim. ff. de adq. poss. leg.* 1. *leg. procuratorem* 8. *Cod. eod. tit. leg.* 1. *Cod. per quas person. nob. adq. §. ex his inst. eod. leg.* 8. *verb. mas si personero tit.* 11. *part.* 5. *Tametsi vendens tantum in personam ementis contractus verba dirigat, eique possessionem tradat. Neque enim attenditur, quoad actionis exercitium persona inquam dispositionis verba conferuntur, sed in quam emolumenti effectus dirigitur. leg. Papinianus* 8. *§. meminisse* 14. *vers. sic. eo autem solo carere quis debet cuius emolumentum ad eum pertinet, ff. de inoff. testam. cum alijs.*

102. Con que no es de el caso que el remate se hiziesse à Don Diego, y que este, ò en su nombre se tomasse la possession de la hazienda, si con efecto fue para Don Miguel; y la adquiriò desde luego haziendo de su quenta desde la primer vendimia, introduciendo de la misma tinajas en ella, percibiendo desde entonces hasta la muerte de su hermano los frutos, y emolumentos, que produxo, y pagando las pensiones, y cargas provenientes de la misma hazienda, que todos son efectos de dominio.; y este genero de simulacion no tiene prohibicion de derecho como lo prueba por to-

do el contexto de la disertacion 38. *el señor Vela. Noguer. alleg.* 20. donde trata de semejante simulacion. *Fermos. dict. alleg.* 14. *num.* 2. ibi: *Etsi licita sit simulatio de contracto licito ad alium licitum quando ex illa simulatione non resultet iniquitas seu iniustitia, non enim fictio inficit contractum, sed iniustitia, quæ ex fictione palliatur, & sic quoties de veritate constat ex actibus, quia ex actu adquiritur ius veræ personæ, & non fictæ ideo valet actus, eo quod non admittitur simulatio quando de veritate actus constat; at quoties illa simulatio inficit ipsum contractum, ac falatijs involuitur ad decipiendum, vel præiudicandum interesse habentes, tunc contractum simulatum esse nullum, fatendum est*, que no sucede en el caso presente, si solo averse puesto à nombre de distinta persona de aquella para quien realmente se comprò por averlo juzgado conveniente assi entre los dos hermanos, y se ha de estàr à la verdad, y à lo que consta por tantos medios justificado, *quia emptæ rei dominium & actionum exercitium ei verè quæritur cui emens quæri voluit:* y de todo resulta, que la heredad siempre fue de Don Miguel, y aora con sus frutos desde la muerte de el susodicho, de sus hijos, y herederos.

103. Contra todo lo qual solo se ha opuesto que mediante estàr el titulo de el dominio, y propriedad à nombre de el dicho Beneficiado era preciso para desvanecerlo, no, prueba de conjeturas, y presumpciones, como son las que se han alegado por Don Miguel ausente, y sus hermanos *Cap. tam. litteris de testibus & cum Ioann. de fide instr. D. Covarr. lib. 2. var. cap. 13. num. 10. & seqq.* Lo qual se entiende no quando el instrumento es simulado respecto de la persona en cuyo nombre se pone la cosa comprada, en que como và dicho solo su expression basta para destruir la simulacion, y que quede dicho dominio en la persona para quien se compró; y quando no, ay la prueba Real que resulta de aver desde luego entradola à posseer Don Miguel para quien, y con cuyo caudal se comprò, y no tratarse de destruir la fee de el instrumento, como en el pleyto sucede si solo la simulacion de persona. Y assi espera Don Miguel ausente, y sus hermanos de la

grande

grande justificacion de los Señores que han de votar, y determinar este pleyto, que se sirvan de declarar por libres de la vinculacion que seles ha tratado de imponer las dos heredades nombradas de Fuertes, y el Palmar, y partibles con sus frutos desde el dia de la muerte de el Veintiquatro Don Miguel Gomez de Velasco Mendieta, entre Doña Ursola, Doña Ana, Don Luis, Don Juan, y Don Miguel de Velasco Mendieta, ausente en los Reynos de las Indias, y tambien entre Don Diego su hermano con quien litigan como herederos de su Tio el Beneficiado Don Diego, y tambien de el dicho Veintiquatro su Padre en la forma que en este informe queda expressado, y quando esto lugar no aya sin apartarse de el primer medio, y con las protestas hechas, que al menos la heredad de el Palmar con sus frutos se declaren bienes de la particion de el dicho Don Miguel: assi lo esperan S. T. J. D. C. Sevilla, y Março 1. de 1716.

Lic. Don Diego Joseph Monje.